



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**MLENA GOMES DE CASTRO**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O  
IMPACTO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 126.292/SP  
PARA O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

**BRASÍLIA  
2018**

**MILENA GOMES DE CASTRO**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O  
IMPACTO DA DECISÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 126.292/SP  
PARA O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora Carolina Ferreira

**BRASÍLIA  
2018**

**MILENA GOMES DE CASTRO**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O  
IMPACTO DA DECISÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 126.292/SP  
PARA O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professor(a) Carolina Ferreira

**BRASÍLIA, \_\_\_\_\_ DE \_\_\_\_\_ DE 2018.**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor Orientador**

---

**Professor Examinador**

*Dedico essa monografia à minha avó,  
Gislene Reis Roriz, mãe com açúcar...  
Pessoa boníssima e carinhosa, que em  
todos os momentos da minha vida,  
sempre me apoiou, amando-me  
incondicionalmente.  
Dizem que você morreu...  
Você não morreu: ausentou-se.  
A vida é uma só. A sua continua.  
Dizem, para consolo daqueles que ficam,  
Que a nossa vida continua e não se pode  
deixar abater...  
Pode ser ...  
Mas, para mim, sem você, a vida já não  
tem mais tanta poesia.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pela força e coragem durante toda essa caminhada, sem ele eu não teria forças para toda essa jornada.

À orientadora Carolina Ferreira pelo convívio, apoio, compreensão e amizade.

À minha família pela capacidade de acreditar sempre em mim.

Ao meu pai e minha mãe, a presença de vocês significou segurança e certeza de que nunca estive sozinha.

Às minhas filhas que são meus maiores presentes e o motivo de toda minha luta. Obrigada pela compreensão e por acreditarem que valeria a pena.

## RESUMO

O presente texto trata da execução provisória da pena, limitando a abordagem ao aspecto (in)constitucional da Execução Provisória da Pena frente a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP. A referida decisão teve grande impacto no meio jurídico, haja vista a mudança de jurisprudência que já vinha sendo seguida há alguns anos por aquela Corte. Diante da afinidade com a área criminal, especialmente no tocante aos assuntos que envolvem os direitos e garantias dos indivíduos, buscou-se analisar o tema da Execução Provisória da Pena, mais particularmente no que se refere à decisão proferida no julgamento do HC 126.292/SP. A abordagem dos argumentos contidos nos votos dos Ministros do STF será realizada por meio da Metodologia de Análise de Decisões (MAD), desenvolvida por Roberto Freitas Filho e Thalita Lima (2011). Entendeu-se que a decisão proferida pela Suprema Corte deste tribunal feriu uma das mais importantes garantias fundamentais, qual seja o princípio da presunção da inocência. Em razão das mudanças de posicionamentos, esta monografia apresentará por meio uma breve exposição dos momentos históricos em que se fundaram a presunção de inocência.

**Palavras-chave:** Execução provisória da pena. Presunção de não culpabilidade. Presunção de inocência. Inconstitucionalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA .....</b>	<b>10</b>
<b>2 ENTENDIMENTOS ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL .....</b>	<b>18</b>
<b>3 HABEAS CORPUS 126.292/SP E A ADC 43 E 44 .....</b>	<b>31</b>
<b>4 ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS EM FAVOR DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC 126.292/ SP .....</b>	<b>47</b>
4.1 Da coisa julgada e transito em julgado .....	47
4.2 Questões probatórias nos julgamentos dos recursos extraordinário e especial .....	48
4.3 Da ausência de efeito suspensivo .....	52
4.4 Da quantidade de recursos especiais e extraordinários defensivos admitidos .....	53
4.5 A (in) constitucionalidade do art. 283 do CPP .....	53
4.6 Da (de)mora jurisdicional e sensação de impunidade do “estado de coisas inconstitucional” .....	55
<b>5 IMPACTO NO SISTEMA PRISIONAL .....</b>	<b>57</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

A decisão proferida pelo Plenário do Superior Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292, em 2016, provocou grandes discussões no meio jurídico. Ainda que não possua efeito vinculante, os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais Federais estão aplicando o mesmo entendimento para antecipar a prisão, provocando uma colisão entre o direito fundamental à presunção de inocência e o direito à celeridade processual. A problemática encontra-se na (in)constitucionalidade da decisão, pois vem afrontar diretamente norma e garantias constitucionais. A presunção de inocência surgiu para afastar o autoritarismo do Estado que frequentemente cerceava os direitos individuais dos seus cidadãos (LOPES JUNIOR, 2017). Foi no contexto da Revolução Francesa que se rompeu o modelo inquisitivo (LOPES JUNIOR, 2017). Com a Declaração dos Direitos Humanos em 1948 o princípio da presunção da inocência ganhou força no Brasil (LOPES JUNIOR, 2017). Mas foi com a promulgação da Constituição de 1988 que o princípio foi expressamente previsto no ordenamento brasileiro. O princípio da não culpabilidade fora acolhido pelos legisladores de 1988 com base nos precedentes históricos, que demonstram sua efetiva importância e necessidade de existência para garantia de outros princípios, como o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana (MENDES, 2015). No mesmo contexto o constituinte originário optou pelo trânsito em julgado como principal marco da presunção de inocência. Contudo, não foi essa a interpretação dada pelo STF no julgamento do julgamento do HC 126.292/SP, que resolveu por relativizar o marco da presunção de inocência.

O presente trabalho busca interpretar, por meio de Metodologia de Análise das Decisões, a decisão proferida em sede de Habeas Corpus nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal.

A Análise de Decisões é um método que permite organizar informações relativas às decisões proferidas em um determinado contexto, verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente, bem como produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório (FREITAS e LIMA, 2018). O objetivo da análise de jurisprudência é a compreensão mais aprofundada sobre as circunstâncias que determinaram a ocorrência de



determinado resultado, apreendendo as complexidades envolvidas na situação (FREITAS e LIMA, 2018).

A Análise de Jurisprudência permite a identificação da posição dos decisores em relação ao tema (FREITAS e LIMA, 2018). Desta forma, será uma análise dos argumentos apresentados pelos Ministros na decisão referente ao Habeas Corpus nº 126.292/SP, a qual determinou a possibilidade da execução da pena de uma sentença condenatória confirmada em segunda instância, realizando críticas aos votos favoráveis à execução provisória da pena e demonstrando, através de consultas de pesquisas, o impacto negativo da decisão proferida no Habeas Corpus nº 126.292/SP, no sistema prisional brasileiro. A Metodologia de Análise da Decisão se realizará em cinco momentos, descritos a seguir.

Num primeiro momento será apresentado do contexto histórico do princípio da presunção de inocência, objetivando um maior conhecimento do tema. Num segundo momento será apresentado entendimentos acerca da execução provisória da pena no Brasil. Em um terceiro momento será feito um resumo dos votos proferidos pelos Ministros do STF, que culminou na possibilidade da execução provisória da pena por meio do julgamento do HC 126.292/SP e será feita ainda breve apresentação sobre o julgamento conjunto da ADC 43 e 44 que buscou verificar inconstitucionalidade do disposto no art. 283 do CPP. Num quarto momento será feita uma análise crítica dos votos dos Ministros. No quinto momento será apresentada uma pesquisa que revelará o impacto dessa decisão nos sistemas penitenciários, revelando a falta de estrutura do sistema penal para suportar o aumento significativo das pessoas condenadas, diante desse contexto.

A constante mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da Execução Provisória da Pena, objeto do presente trabalho, traz relevantes polêmicas ao mundo jurídico, haja vista o confronto e o descumprimento no disposto na Constituição Federal e no art. 283 do Código de Processo Penal por parte do Supremo Tribunal Federal. É certo que tal decisão além de relativizar um direito fundamental e expresso na Constituição, culminando em prejuízo aos postuladores da ampla defesa, ocasiona ainda um aumento exacerbado da população carcerária.

Cumprе ressaltar, que em julgamento recente no mesmo Tribunal Superior se reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, no julgamento da Medida Cautelar

na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (BRASIL, 2015). O mérito do julgamento aguarda designação de pauta pelo Plenário do STF.

A presente pesquisa tem como objetivo colocar em evidência a importância da realização de análises de impacto em relação a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, e as análises críticas referente aos votos proferidos no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP e demonstrar o impacto negativo da decisão frente ao sistema carcerário Brasileiro.

Há uma grande discussão, nos campos doutrinário e jurisprudencial, quando o assunto é aplicar a norma constitucional<sup>1</sup> que garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória. O tema tem sido bastante polêmico, pois, além de poder gerar mais ocupação em um sistema prisional já superlotado como o nosso, fere diretamente a norma e o princípio constitucional.

Ademais, é possível afirmar que são preocupantes os impactos no sistema prisional advindos da decisão do STF proferida no Habeas Corpus nº 126.292. Em uma pesquisa empírica nos tribunais superiores, abordando 5% de processos, foi constatado que com a decisão, haveria um número de 3460 réus soltos aguardando recursos no STF e STJ que de imediatos já poderiam ser expedidos mandado de prisão (HARTMAN, 2017). Portanto, os impactos da decisão produzem efeitos práticos, de mensuração relevante para a população carcerária do Brasil, o que se agrava ainda mais pela realidade da capacidade física do sistema carcerário.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 set. 2018.

## 1 DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência é fruto de um longo processo de evolução político e jurídico, refutando o autoritarismo dos que detinham o poder de decidir sobre a condenação do indivíduo (LOPES JUNIOR, 2017, p. 96). Na Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, foi inserida a garantia de presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII.

Em síntese a presunção de inocência importa em verdadeiro dever de tratamento, pois traz a exigência de que o réu seja tratado como inocente (LOPES JUNIOR, 2017, p. 96). Esse dever possui a dimensão interna, qual seja a desnecessidade do réu de provar a sua inocência, devendo a dúvida absolver o acusado e a impossibilidade de prender um indivíduo que não foi definitivamente condenado. Possui também a dimensão externa que vem versar sobre de ver resguardado a imagem, e dignidade do acusado, coibindo dessa forma a exploração da mídia em torno do fato delituoso (LOPES JUNIOR, 2017, p. 96).

Pode-se afirmar que a Constituição Federal é garantista, pois busca-se limitar as práticas arbitrárias por parte do Estado. No art. 60 da CF, temos direitos e garantias fundamentais que constituem cláusulas pétreas, onde o princípio da não culpabilidade se encontra inserido.

Durante os períodos do Iluminismo teve origem a teoria garantista clássica, e dentro dessa teoria encontra-se o princípio da presunção de inocência (FERRAJOLI, 2014, p. 510).

Segundo Dourado e Aguiar (2017 apud PIOVESAN, 2017): “a prevalência dos direitos humanos contribuiu substantivamente para o sucesso da ratificação, pelo Estado Brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos”.

A saber, a presunção de inocência é disciplinada em vários diplomas internacionais de direitos humanos e é também garantia da Constituição Federal de 1988. Vejamos a seguir:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão assim dispõe (LOPES e BADARÓ, 2016, p.3):

“9º Todo acusado é **considerado inocente até ser declarado culpado** e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. (Grifo do autor)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também traz em seu texto a presunção de inocência (LOPES e BADARÓ 2016, p.3):

“XI.1 Todo ser humano acusado de um ato delituoso **tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei**, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. (Grifo do autor)

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 4), subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950, em seu art. 6.2, estabelece que

“6.2 Qualquer pessoa acusada de uma infracção **presume--se inocente** enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. (Grifo do autor)

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 4) dispõe:

“Art. 14.2 Qualquer pessoa acusada de infracção penal é de **direito presumida inocente** até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (Grifo do autor)

Igualmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, assegura (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 4):

“Art. 8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” (Grifo do autor)

O processo penal visa garantir um prévio estado de inocência, que somente deverá ser afastado com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Essa presunção de inocência é considerada uma presunção política, pois busca garantir que a liberdade do acusado seja preponderante frente ao interesse social punitivista. Contudo, ela também pode ser vista por uma ótica –técnico-jurídica, como regra de julgamento que deve ser observada ao final do julgamento, diante da dúvida sobre fato relevante. É preciso que seja eliminada todas as dúvidas, caso contrário, o que deve prevalecer é a presunção de inocência (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 8).

A Constituição não assegura expressamente a presunção de inocência, mas o da não culpabilidade, que incumbe o ônus da prova ao acusador e impede qualquer antecipação de juízo condenatório sobretudo quando se está diante de uma prisão de natureza cautelar (PILONI, 2013).

Contudo, não cabe afirmar que a Constituição não recepcionou a presunção de inocência, isso porque estaríamos diante de uma concepção reducionista. Tal princípio não precisa estar positivado pois se trata de um pressuposto. Ademais, houve expressa recepção pelo art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “toda pessoa acusada de um delito tem direito que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa” (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 9).

Nas palavras de Guilherme Nucci (2016), todo acusado é presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença condenatória. O princípio da presunção de inocência traz o ônus de acusação para o órgão acusador. As pessoas já nascem inocentes, é do seu estado natural e quebrar essa regra o órgão acusador deverá apresentar provas suficientes. Dessa forma, quando houver dúvida do órgão julgador, deve-se a dúvida beneficiar o acusado (NUCCI, 2016).

A presunção de inocência é dividida em três expressões a fim de garantir sua eficácia: dever de tratamento, norma probatória e norma de juízo ou regra de tratamento. A regra de tratamento permite dizer que todos os acusados devem ser tratados como inocentes até que advenha uma **condenação resultante de uma sentença penal irrecorrível**. Na dimensão probatória refere-se ao ônus da prova que fica a cargo da acusação. O dever de tratamento impõe que o Estado trate todo réu ou investigado como se inocente fosse. É no dever de tratamento que se afeta o tema de prisão cautelar e da autorização da execução provisória da pena, dada pelo Supremo Tribunal Federal (LOPES e BADARÓ, 2016, p.10).

O réu presume-se inocente, enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória e a prisão do acusado só poderá ocorrer se tiver natureza cautelar, caso contrário restará presente uma punição antecipada do causado, o que não deve ser admitido no sistema penal brasileiro (TOURINHO, 2009).

De acordo com a leitura do art. 9 da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, a presunção de inocência está ligada ao dever do Estado de tratar o cidadão como inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Dessa forma, pode-se concluir que não é possível que num mesmo sistema, se admita a execução provisória da pena (sem natureza cautelar) e se respeite a regra de tratamento, pois dessa forma se estaria antecipando a culpa em um processo que não se findou (LOPES e BADARÓ, 2016, p.10).

O art. 5º, LVII, da CF/88 é claro ao impor o dever de tratamento, qual seja, a proibição de tratar qualquer cidadão como culpado antes do trânsito em julgado e mais evidente ainda é constatar que o acórdão do Habeas Corpus nº 126.292/SP, desconsidera o alcance da presunção de inocência (LOPES e BADARÓ, 2016, p.11).

Importante ainda se faz destacar que, para a doutrina majoritária, aqui citada, não há qualquer diferença nas expressões presunção de inocência e não culpabilidade. Não há diferença de conteúdo entre as duas. Tentar buscar uma diferenciação neste aspecto seria um esforço inútil, pois a presunção de inocência é um pressuposto ao princípio da não culpabilidade (LOPES e BADARÓ, 2016, p.12).

Destacado isso, é possível afirmar que, em que pese a insistência do direito comparativo com os outros países a fim de sustentar a possibilidade da execução provisória da pena, a presunção de inocência da Constituição Federal de 1988 se diferencia dos demais diplomas internacionais, pois na Constituição Federal Brasileira há o marco temporal que põe fim na presunção de inocência. A Constituição Brasileira tem como marco final o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entendimento diverso possui Antonio Suxberger e Rafael Kurkowski (2016, p 9), analisando da seguinte forma: a Constituição da República exige para o reconhecimento da culpa, o trânsito em julgado, quando dispõe em seu art. 5, LVII que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (PLANALTO, 2018). Desta forma, Antônio Suxberguer e Rafael Kurkowski entendem que a formação da culpa está ligada ao trânsito em julgado e não a prisão. A prisão depende de outros requisitos.

Em outro contexto, o regime de prisão dispõe em seu art. 5, LXI: “ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (PLANALTO, 2018).

Nesse diapasão chega-se à conclusão que a culpa se verifica com o trânsito em julgado, já a prisão pode advir de ordem escrita fundamentada, pois assim está previsto no artigo 5, LXI da Constituição Federal (SUXBERGUER e SCHWEX, 2016, p. 9).

Da presunção de inocência podem-se extrair vários conteúdos, enquanto regra de tratamento do acusado, qual seja, a impossibilidade de prisão automática durante o processo, salvo as prisões de natureza cautelar, se presente a

demonstração do *periculum libertatis* e a proibição da execução provisória daquele que ainda é considerado inocente (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 11).

Qualquer atribuição de medida punitiva, antes da sentença final é considerado ilegal e importa violação a esse princípio basilar constitucional. (LOPES e BADARÓ, 2016, p.12).

Com efeito, o status do acusado durante todo o processo deve ser o mesmo daquele que nunca foi investigado ou processado, a fim de lhe assegurar a condição de inocente ou de não culpável, não podendo assim ser equiparado ao condenado definitivo. Nesse interim, não deve ser imposto ao acusado qualquer efeito automático de decisão judicial, prisão obrigatória, sob pena de estar se antecipando um juízo de culpa de uma pena que ainda não é certa (LOPES e BADARÓ, 2016, p.14).

A presunção de inocência obedece a duas regras que devem ser observadas pelo órgão acusador: uma está relacionada à prova e a outra relacionada ao tratamento. O réu, durante toda a ação penal, e isso inclui as fases recursais, não deve sofrer restrições pessoais fundadas em possibilidade de condenação e as provas passíveis a condenar devem recair exclusivamente na acusação. Caso contrário, o que se terá é um começo de instrução criminal com a incumbência de contraprovar sua inocência (PACELLI, 2005).

A presunção de inocência não é uma garantia que se aplica até o julgamento de segundo grau da sentença condenatória, mas até o trânsito em julgado. Mesmo diante do texto claro inserido dispositivo constitucional, somente no ano de 2009, ou seja, mais de 20 anos depois é que a Suprema Corte, no julgamento do HC 84.078 reconheceu o marco do trânsito em julgado para a cessação da presunção de inocência (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 14).

O mencionado Habeas Corpus, de relatoria do Ministro Eros Grau, condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, permitindo-se, porém, a decretação da prisão a título de medida cautelar. (BRASIL, 2009)

Em Plenário, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio acompanharam o entendimento do relator, no sentido de conceder o Habeas Corpus, ficando vencidos os votos dos Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que negaram a concessão (BRASIL, 2009).

Do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078 surgiu o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que não se pode restringir a ampla defesa. A votação foi encerrada com 7 votos contrários a execução provisória da pena contra 4 a favor. O entendimento foi que as fases recursais estão inseridas nas fases processuais, de modo que a execução da pena após julgamento em segunda instância importa da restrição de direitos individuais. Estabeleceu-se dessa forma, que a prisão antes do trânsito em julgado somente ocorrerá se tiver natureza cautelar (BRASIL, 2009).

Nesse sentido, o voto do Ministro Eros Grau no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078 que acompanhou a maioria:

“A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma ROGÉRIO LAURIA TUCCI<sup>5</sup>, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: “o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão” (STF, 2009). (Grifo do autor)

A aplicação fiel deste acórdão simbólico e garantidor do princípio perdurou por sete anos, até que em 11 de fevereiro de 2016 houve nova alteração.

Após sete anos, o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento acerca da possibilidade da execução provisória da pena. O julgamento que deu origem a mudança jurisprudencial se deu através do HC 126.292.

Por maioria (7X4), o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segundo grau, no julgamento do HC 126.292/SP. A maioria dos ministros entenderam que no julgamento em segunda instância se encerra a análise dos fatos e provas, razão pela qual estaria autorizada a execução provisória, já que a culpa já estaria comprovada (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 15). Assim, a Suprema Corte alterou de



forma substancial a jurisprudência que até então considerava que a ampla defesa englobava, inclusive, as fases recursais.

SUXBERGER e AMARAL (2017, p. 5) tem o entendimento de que a presunção de inocência garante que toda pessoa tenha o direito de ser presumidamente inocente, até prova em contrário. Para ele, é necessário que seja respeitada a própria lógica do sistema acusatório, que é baseado na garantia da presunção de inocência do suspeito, indiciado, acusado ou réu até a formação da culpa, que ocorreria em após a decisão de segunda instância.

De fato, o elemento essencial da presunção de inocência assegurado nos diplomas internacionais de direitos humanos é que a inocência seja presumida até que não seja comprovada a sua culpa, ou seja, até a decisão que analise o mérito da causa (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 15).

Para entender melhor, mister se faz observar em algumas Constituições o marco para presunção da inocência. Na Constituição da Espanha está disposto: “todos têm direito a um Juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não prestar declarações contra si mesmo, a não se confessar culpado e à **presunção de inocência**”. A Constituição da França garante a inocência até que seja declarado culpado (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 16).

Contudo, há Constituições que garantem a presunção de inocência até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido a Constituição da Itália, de 1948, a Constituição Portuguesa de 1974 e a Constituição Brasileira de 1988.

A Constituição Brasileira optou por seguir o modelo Italiano, pois é o que mais se harmoniza com as garantias individuais previstas na Constituição e os princípios adotados pelo sistema acusatório adotado pelo Brasil. Soma ainda o fato da necessidade de que o acusado deve manter a condição de inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

É certo que a Constituição Brasileira ao estabelecer o marco final para a presunção de inocência, seguindo o modelo italiano e português, o fez com a finalidade de dar a máxima efetividade a dignidade da pessoa humana e, por tal razão estabeleceu o momento final da persecução penal como sendo o trânsito em julgado da sentença condenatória (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 16).

O texto inserido da Constituição Brasileira, como dito anteriormente, não deixa dúvidas acerca do momento em que cessa a presunção de inocência, de modo que não haveria que se falar em interpretação diversa do que está positivado na Carta Magna. É cediço que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e deve resguardar todas as garantias conquistadas ao longo de todos esses anos. Não se pode desprezar que o processo penal carrega uma história que não pode ser distorcida de forma e autoritária (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 17).

O princípio da presunção de inocência deve sempre ser um óbice frente à sanha punitivista do Estado, onde o acusado é objeto manipulado pelo Estado. Os traços inquisitoriais que levam ao encarceramento em massa da população brasileira também deve ser afastado (CASARA, 2015).

A evolução dos princípios no Brasil passou por difíceis períodos, a exemplo do período da ditadura, até que se instituíssem princípios emanados de garantias fundamentais, de ordem econômica e política, alcançando assim o período da democratização. Isso não pode, em aspecto nenhum, ser mitigado, sob pena de sofrermos sérias violações em nossa democracia.

## **2 ENTENDIMENTOS ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL**

O Código de Processo Penal no Brasil sofreu grande influência do Código Italiano (SILVEIRA, 2015, p. 264), que permitia a prisão automática e obrigatória antes de proferida a sentença condenatória. Com o advento da Constituição da Itália em 1947, restou consagrado o princípio da presunção de não culpabilidade (FERRAJOLI, 2011).

No ano de 1930, na Itália foi editado o Código Rocco, que mesmo contendo princípios do sistema inquisitivo se inspirou no modelo garantista, buscando afastar o juiz da fase preparatória e dando essa atribuição ao Ministério Público. Dessa forma, passou-se a incorporar no sistema daquele país o princípio da imparcialidade do juiz, bem como o contraditório, mantendo a harmonia com o sistema acusatório (SOUZA, 2018)

Nesse interim, o processo penal italiano se realizava em dois momentos distintos, quais sejam a audiência preliminar e o julgamento. As partes tinham a iniciativa de apresentar as provas e o juiz ficava no papel de expectador passivo (SOUZA, 2018).

O juiz não era proibido de produzir provas, mas devia evita-lo a fim de garantir sua imparcialidade no processo. Dessa forma, o sistema penal italiano foi se tornando acusatório, buscando oportunizar ao acusado mais direitos e garantias (SOUZA, 2018).

No Brasil, o processo penal continha fortes influências religiosas e do sistema inquisitivo, que teve origem nos sistemas monárquicos aperfeiçoando no Direito Canônico. No sistema inquisitivo, a função de acusação e julgamento se concentrava nas mãos de uma pessoa só, o juiz. O réu não era tratado como sujeito de direitos, mas sim como objeto processual. Não havia contraditório, ampla defesa (SOUZA, 2018).

O Código de Processo Penal, promulgado em 3 de outubro de 1941 manteve a fase de inquérito policial no modelo herdado pelo Império, contudo optou pelo contraditório na fase processual, separando as atribuições de acusar e julgar. Nesse contexto, o Código de 1941 manteve optou pelo sistema acusatório, mantendo alguns procedimentos no modelo inquisitivo, como por exemplo o inquérito policial (SOUZA, 2018).

Para melhor análise e entendimento sobre a execução provisória da pena no Brasil, se faz necessário falar sobre os sistemas processuais penais e qual o sistema é adotado pelo sistema processual Brasileiro.

As garantias e regras processuais mudam de acordo com o tipo de processo penal que se adota. Cada Estado possui um sistema processual que é influenciado pelas transformações sociais, políticas e pela época. De forma que os sistemas penais acusatório e inquisitório é resultado da resposta do processo penal diante de suas exigências (LOPES JUNIOR, 2008, p. 55).

É predominante os sistemas acusatórios nos países que respeitam a liberdade individual e procuram uma base mais democrática. Noutro aspecto, o sistema inquisitório tem predominância em países mais repressivos, com características autoritárias, reduzindo as garantias individuais em detrimento do estado (LOPES JUNIOR, 2008, p. 56).

O sistema inquisitório foi fundado na ideologia da defesa social, onde a gestão era centralizada no poder de uma só pessoa. Toda informação considerada importante era monopolizada, concentrada em um só poder e sem controle (MARQUES, 2009, p. 147).

A legislação, administração e jurisdição estava na mão do soberano, ou seja, na mão de uma única pessoa. Assim se caracterizava o sistema inquisitivo, uma forma de poder central absoluto (FEITOZA, 2008, p. 33).

Não há separação de poderes no sistema inquisitivo, de modo que o juiz inicia ação e ao mesmo tempo defende o réu e o julga depois. Possui uma técnica que visa principalmente proteger valores sociais e não os individuais, o que pode trazer uma conotação negativa (BADARÓ, 2003, p. 108).

Até o século XII, na Europa, predominava o sistema acusatório, de forma que não existia processo sem a figura do acusador legítimo. Durante os séculos XII até o XIV, os números de delitos foram aumentando e o modelo acusatório se tornou insuficiente para combater os crimes. Desta forma a função de acusar foi atribuída ao Estado. O sistema Inquisitório foi adotado pela Igreja Católica e logo após por todos os legisladores da época (LOPES JUNIOR, 2008, p. 60).

“O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro

abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte mero objeto da investigação” (LOPES JUNIOR, 2008, p. 61).

São característica fortes do sistema inquisitivo a reunião de poder nas mãos do mesmo órgão, de forma que o acusado seja tratado como mero objeto de investigação, e ainda a admissão de qualquer meios para que se averigue a verdade, inclusive a tortura (FEITOZA, 2008, p. 33).

No sistema inquisitivo não existe o contraditório, o processo é sigiloso e a função de acusar, defender e julgar sempre vai recair sobre a mesma pessoa. Pelo fato de o réu ser tratado como um objeto de averiguação as práticas de torturas eram frequentes e admitidas para se atingir a confissão, que era a rainha das provas (CAPEZ, 2008, p.46).

O juiz tinha total liberdade para fazer as provas, ainda que sem o requerimento do órgão acusador. Enquanto o juiz investigava, acusava e julgava, o réu permanecia preso (LOPES JUNIOR, 2008, p. 61).

No processo com traços inquisitórios não existe igualdade, o juiz inicia de ofício o processo, analisa as provas, podendo requere-la de ofício e logo ao final proferir a sua decisão, podendo nesse meio tempo submeter o preso a tortura com a finalidade de obter a confissão (NETTO, 2003, p. 25).

O sistema de prova no sistema inquisitório era o da prova tarifada, onde na busca da verdade real o acusado poderia ser submetido a tortura. O juiz sempre buscava intervir de ofício, se aproximando cada vez mais da figura do acusador. Esse sistema tinha como núcleo o princípio da autoridade, segundo qual quanto maior o poder do acusador, mais fácil se chegará a verdade (BADARÓ, 2003, p. 105).

Ainda com relação as provas é importante dizer que cada prova possuía um valor probatório diferente e a confissão era chamada a rainha das provas. Nas provas testemunhais e documentais levava-se em conta a condição da pessoa – se tinha parentesco com o acusado ou vítima (NETTO, 2003, p. 30).

Na visão de Jacinto Coutinho o sistema de processo penal no Brasil é, em sua essência, inquisitório, pois é regido por regras que permitam que a gestão das provas fiquem nas mãos do julgador (COUTINHO, 2003, p. 25).

Contudo, o sistema inquisitivo não é compatível com os direitos firmados na Constituição Brasileira e com o Estado Democrático de direito, devendo ser retiradas as legislações que tem traços inquisitórios e permanecer as normas que buscam assegurar as garantias individuais que assegurem a hora da pessoa humana (RANGEL, 2008, p. 47).

Já o sistema acusatório é marcado pela defesa dos direitos individuais e fundamentais do réu e afasta o poder arbítrio punitivo do Estado (PRADO, 2006, p. 104).

Teve sua origem no direito grego onde as pessoas participavam diretamente na atividade de acusar e julgar. No Direito Romano houve uma importante inovação no tocante ao processo penal, pois a ação penal era encomendada por órgãos que não pertenciam ao Estado, que não eram juízes e sim uma pessoa que representava a coletividade (LOPES JUNIOR, 2008, p. 56-57).

Na época houve uma grande insatisfação com o sistema acusatório, o que fez com que os juízes se ocupassem de forma gradual das atribuições dos órgãos acusadores, o que originou na junção dos órgãos de acusar e julgar. Contudo, com a chegada da Revolução Francesa foi se abandonando o modelo inquisitório e retomando o garantistas, pois a Revolução Francesa trouxe ideias de valorização do homem (LOPES JUNIOR, 2008, p. 58).

O sistema acusatório difere e muito do inquisitivo, sendo que aquele trouxe a função das separações dos poderes, de modo que o juiz deve buscar agir com imparcialidade ao aplicar uma lei e somente deve se manifestar ao ser provocado. O autor é a pessoa que vai fazer a acusação, assumindo todo o ônus da prova. Ao réu cabe os direitos inerentes a sua personalidade e pode se defender utilizando-se de todo e qualquer meio de defesa e recursos cabíveis. Dessa forma, passa-se a existir autor, defesa e juiz (RANGEL, 2008, p. 48).

Sem a divisão dessas funções não há que se falar em sujeito de direitos, não há sequer um verdadeiro processo (BADARÓ, 2003, p. 109).

O sistema acusatório atual traz as seguintes características: a distinção entre o acusador e o julgador; a iniciativa que deve ser tomada pelas partes; a figura de um juiz imparcial que se abstenha de investigar; o tratamento de igualdade entre a acusação e a defesa; a publicidade de todos os atos; o contraditório e a possibilidade de defesa; a ausência da valoração da prova, devendo o juiz decidir pelo livre

convencimento motivado; a instituição da coisa julgada, o duplo grau de jurisdição e a possibilidade de impugnar decisões (LOPES JUNIOR, 2008, p. 58).

Nesse sentido a acusação e o acusado devem estar em pé de igualdade, estando acima dele apenas o juiz como órgão imparcial na aplicação da lei penal.

Ao acusado deve ser assegurado que seu julgamento ocorra perante um juiz imparcial, com as provas colhidas pelas partes, de forma a evitar arbitrariedades por parte do Estado. Quando um juiz vai atrás de colher provas ele estará exercendo o trabalho investigativo que deve ser realizado pelo acusador e dessa forma, estará tratando o réu como condenado desde a instrução processual (LOPES JUNIOR, 2008, p. 59).

A investigação feita pelo juiz tende a demonstrar uma figura perigosa de imparcialidade, pois quem procura sabe ao certo onde encontrar. O juiz se mostra então desconfiado da culpa do acusado, interferindo na produção de prova pelas partes, que sequer foram solicitadas pela acusação. O juiz fundamentará na prova que ele mesmo produziu (PRADO, 2006, p. 137).

O sistema acusatório busca afastar o acusado do mero expectador, papel que deverá ser atribuído ao juiz. Deve ainda garantir a igualdade de armas e das partes perante ao julgador (LOPES JUNIOR, 2008, p. 59).

Nem todos os países possuem o sistema acusatório, cada país traz consigo o seu sistema diante de suas características e necessidades de cada Estado.

O sistema Inglês é o que mais se aproxima do sistema acusatório, pois em regra, o juiz é imparcial, não produz prova e se mantém equidistante das partes, se fundamentando no que alegou e provou as partes (FEITOZA, 2008, p. 32).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi adotado no Brasil o Sistema acusatório, com a divisão das funções de acusador e julgador. Existem na Constituição Federal vários princípios que ratificam o sistema acusatório, entre eles a ação penal pública promovida, exclusivamente, pelo Ministério Público (art. 129, I).

No Brasil, a função de acusar compete ao Ministério Público e, em casos excepcionais, ao particular, em caso de ação penal privada, o que afirma que o processo penal brasileiro vige o sistema acusatório (RANGEL, 2008, p. 49).

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5, LV, o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos inerentes, de modo que o sistema adotado no Brasil é o acusatório (MIRABETE, 1996, p. 96).

Para Fernando Capez, o sistema vigente no Direito Processual Penal Pátrio é o Acusatório e ainda ressalta (CAPEZ, 2008, p. 45):

“O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII)” (CAPEZ, Fernando, 2008, p. 45).

A norma Constitucional vem garantir que o exercício da ação penal é privativa do Ministério Público, com exceção da ação privada, e garante ao acusado o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e ainda o transitu em julgado após a sentença condenatória. Esses são elementos basilares do princípio acusatório e que possibilita afirmar que embora a Constituição expressamente não diga expressamente, o sistema acusatório é sistema adotado pelo processo penal brasileiro (PRADO, 2009, p. 9-10).

Com o fracasso do modelo inquisitório e a volta do sistema acusatório, as ideias filosóficas das Revolução Francesa acabaram por influenciar o sistema processual, trazendo uma mudança substancial no tipo de processo penal. Contudo, não era possível ao Estado devolver a função acusatória aos particulares, decidiu-se então dividir o processo penal em fases, a de acusar e a de julgar e atribuir essas funções a pessoas diferentes (LOPES JUNIOR, 2008, p.66).

No sistema misto a fase pré-processual manteve o resquício do modelo inquisitório, noutro aspecto, a fase processual manteve características de sistema acusatório.

O sistema misto é caracterizado por ter uma fase que se inicia com uma prévia investigação, uma instrução preparatória e logo após vem a fase final, no qual, só agora será assegurado garantias do sistema acusatório (CAPEZ, 2008, p. 46).

É composta por duas fases distintas, a inquisitiva, onde não há contraditório, defesa e publicidade e fase posterior que é a fase processual onde será garantida ao acusado todas as garantias do sistema acusatório (AVENA, 2009, p. 9).

Há uma forte tendência dos doutrinadores em dizer que os sistemas processuais atuais são mistos, haja vista considerar que os sistemas puros são tão



somente modelos históricos e que não guardam mais compatibilidade com os sistemas contemporâneos. Soma ainda o fato do primeiro ato praticado no processo penal Brasileiro ser de natureza inquisitória, qual seja, o inquérito policial (LOPES JUNIOR, 2008, p. 67).

Guilherme Nucci (2009, p. 25) afirma que o sistema processual penal brasileiro é misto, pois colhem-se provas no inquérito policial, sob o sistema inquisitório e posteriormente sob o manto do contraditório o juiz receberá a denúncia e conduzirá o processo com todas as garantias inerentes ao sistema acusatório:

“Os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto” (NUCCI, 2009, p. 25).

O sistema misto veio trazer uma solução intermediária entre os dois sistemas citados acima por meio da união de traços dos dois modelos, sendo o modelo acusatório o mais adequado para a defesa dos direitos humanos.

O pensamento do sistema misto é reducionista, haja vista que nos dias atuais todos os sistemas são mistos. Ainda é preciso analisar qual o núcleo para que se defina a estrutura inquisitória e acusatória, gestão de prova nas mãos do juiz ou das partes. Não basta apenas a separação das funções de acusar e julgar, pois de nada adianta a separação inicial de funções se o juiz pode ter iniciativa de produção de provas (LOPES JUNIOR, 2008, p. 45).

Mesmo não havendo previsão expressa na Constituição Federal de 1988 de que o sistema adotado no Brasil seria o acusatório, tal circunstância não impede que, a partir da compreensão dos princípios, regras e valores inseridos na Constituição Brasileira, possa ser extraída conclusão que o nosso sistema se pauta pelo princípio acusatório. Com efeito, nos termos do art. 129, I, CF, compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Portanto, o titular da ação penal (ressalvado os casos específicos), de regra, é o parquet. E a função de julgar pertence

ao Judiciário, observado o princípio (fundamental) do juiz natural (PRADO, 2009, p. 9-10).

Face ao exposto, mister se faz ressaltar que embora o sistema adotado no Brasil seja o acusatório, ainda vige em nosso ordenamento jurídico o Código de Processo Penal de 1941, com alguns resquícios do sistema inquisitivo, a exemplo da exposição de motivos do Código de processo Penal do ano de 1941, no tocante a prisão. Vejamos:

“VIII – Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado. A duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados. Vários são os dispositivos do projeto que cuidam de prover à maior praticabilidade da captura de criminosos que já se acham sob decreto de prisão. Assim, a falta de exibição do mandado, como já foi, de início, acentuado, não obstará a prisão, ressalvada a condição de ser o preso conduzido imediatamente à presença da autoridade que decretou a prisão” (BRASIL, 1941).

A exposição de motivos do Código de Penal dispõe sobre a prisão preventiva de natureza obrigatória quando se estiver diante de uma prisão com a pena superior a 10 anos. Resta claro a natureza inquisitória dessa previsão, haja vista que não se leva em consideração o direito do acusado de ser presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não considera ainda o direito ao duplo grau de jurisdição (BRASIL, 1941).

A prisão preventiva é uma prisão de natureza cautelar onde o acusado só deverá ser mantido preso em caso de preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Caso contrário, tratar-se-á de antecipação da pena e de redução das garantias constitucionais (BRASIL, 1941).

Ainda no tocante ao sistema processual brasileiro deve-se observar a decisão dada no julgamento no Habeas Corpus nº 126.292, quando se decidiu pela possibilidade da execução provisória da pena. No sistema acusatório, a liberdade é regra e a prisão, exceção. Como já foi visto acima, o Brasil adota o sistema acusatório, de forma que o acusado deve ser visto como cidadão de direitos e não como objeto

do processo. Ao tornar possível a prisão antes do trânsito em julgado, negando uma das principais características do sistema acusatório, qual seja a possibilidade de se defender por todos os meios possíveis e recursos cabíveis, estar-se-ia afastando o caráter do sistema adotado no Brasil.

É preciso ainda dizer que negar a liberdade do acusado quando pendente recursos na instância Superiores significa uma antecipação da culpa, presumindo que o acusado não tem, ou tem chances mínimas de ver sua liberdade restituída. É necessário considerar ainda que, caso o recurso seja provido, o acusado não terá como ressarcir o que perdeu durante todo o tempo de processamento do recurso, a liberdade.

O Código de Processo Penal Brasileiro teve sua recepção no Brasil com a Constituição de 1988 do sistema acusatório e buscou se nortear na ideia que o Estado tem o direito em que pese o dever de punir, não se pode desconsiderar as garantias individuais que foram conquistadas ao longo do tempo com a finalidade de proteger o indivíduo do autoritarismo do Estado.

Considerando ainda a prisão antes do trânsito em julgado é preciso fazer algumas considerações. Existiam em nosso ordenamento jurídico brasileiro dois artigos que sustentavam a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, quais sejam o art. 393 e 594 do Código de Processo Penal. O art. 393 dispunha:

“Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - Ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II – Ser o nome do réu lançado no rol dos culpados” (BRASIL, 1941).

O art. 594 dispunha que réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto (CAPEZ, 2008, p. 46).

“Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto” (BRASIL, 1941).

O art. 594, posteriormente, foi revogado pela Lei nº 11.719/2008, pois a necessidade da prisão para recorrer afronta o princípio da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e do acesso ao judiciário” (CAPEZ, 2008, p. 46).

O art. 393 do Código de Processo Penal foi também, posteriormente, revogado pela Lei nº 12.403/2011, pois esse dispositivo afrontava diretamente o princípio da presunção de inocência, devendo o juiz só colocar o nome do acusado no rol dos culpados depois do trânsito em julgado da sentença condenatória (CAPEZ, 2008, p. 46). Vale lembrar que um dos principais efeitos da condenação na esfera criminal é a inclusão do nome do réu no rol dos culpados.

Para reforçar tal entendimento, chegou a ser editada no ano de 1990 a sumula 9 pelo STJ para reafirmar a compatibilidade do art. 594 do CPP com o princípio da presunção de inocência.<sup>2</sup> No mesmo sentido, qual seja, admitir a execução provisória da pena, o STF no ano de 2003 elaborou a sumula 716, *in verbis*: “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” (BRASIL, 2003).

Somente em 2008 o STJ mudou de entendimento e editou a Súmula nº 347 dizendo que o recurso de apelação independe da prisão: “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão. (STJ, 2018). O entendimento é que não se pode recolher o réu a prisão para que torne possível recorrer, pois desta forma implicaria uma desobediência ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal” (CAPEZ, 2008).

Pouco após a Súmula nº 347 do STJ, o art. 594 veio a ser revogada pela Lei nº 11.719/2008, em virtude da distinção legal entre prisão decorrente da sentença condenatória e o direito de apelar, estando o réu livre, preso ou foragido. (SILVEIRA, 2009).

Ainda sobre o Código de Processo Penal, analisando agora sobre outro aspecto, cabe observar que o art. 637 dispõe que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, razão pela qual uma vez interposto o recurso, os autos devem voltar

---

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 9 - A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. (Súmula 9, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 06/09/1990, DJ 12/09/1990). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 30 set 2018.

a instância inferior para que se dê início ao cumprimento provisório da pena (FERREIRA, 2017, p. 27).

Para consolidação da jurisprudência nesse aspecto, no ano de 2002, foi editada a nova sumula 267 do STJ, no qual dispôs: “a interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão (STJ, 2018). A finalidade era possibilitar a prisão antes do julgamento dos recursos extraordinários.

Ocorre que de modo diverso dispõe a Lei de Execução Penal, editada em 1984. Ela prevê em seu art. 105 que a execução da pena só deverá iniciar após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

**“Art. 105.** Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

Mesmo diante dessas previsões legais que restringem a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, esse entendimento apenas se tornou majoritário na jurisprudência após o julgado do Habeas Corpus nº 84.078-7/MG no Supremo Tribunal Federal, no qual a Corte declarou ser inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado, sob o entendimento as fases recursais estão contidas nas fases processuais e à medida em que é efetuada uma prisão antes de analisados todos os recursos cabíveis, tal medida importará restrição das garantias individuais, salvo se houver natureza de prisão cautelar (BRASIL, 2009).

Somente no julgamento do HC 84.078-7/MG é que este posicionamento se tornou consolidado no Supremo Tribunal Federal, impedindo assim a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado por entender ser incompatível com o princípio da presença o da inocência, ferir a dignidade da pessoa humana, abordando ainda a questão do efeito suspensivo acima citado e a questão de Direito temporal (BRASIL, 2009). Segue ementa na íntegra afim de que seja analisada a importância dessa decisão:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do

traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar" (BRASIL, 2009).

Nesse ínterim, deve-se levar em consideração que o art. 637 do CPP é do ano de 1941 e a Lei de Execução Penal é de 1984. Deve-se levar em consideração também que as normas contidas na lei de Execução Penal estão em concordância com a norma prevista no art. 5º LVII da Constituição Federal, que institui um marco para que o acusado seja declarado culpado, ou seja, está em consonância com o Estado Democrático de Direito. Ademais a Lei de Execução Penal é uma norma especial que deverá se sobrepor a uma regra geral, qual seja o Código de Processo Penal. Isso porque, quando há conflito entre normas aparentemente incompatíveis, deve prevalecer o diploma estatal, por critério de especialidade.

Nesse contexto, além das mudanças jurisprudências, em 2011 surgiram também mudanças na legislação processual penal; em especial a Lei nº 12.043 veio a alterar a redação do art. 283 do CPP, prevendo que a prisão só poderá ocorrer após o trânsito em julgado, ressalvadas as prisões cautelares e a prisão em flagrante que é uma prisão pré-processual.

A posição que trazia a impossibilidade da execução provisória da pena permaneceu até o dia 17 de fevereiro do ano de 2016, quando no julgamento do HC 126.292/SP, o STF por maioria dos votos entendeu pela possibilidade do início da execução provisória da pena logo após o julgamento da segunda instância.

Insta ainda lembrar que a decisão do HC 84.078-7/MG julgada no ano de 2009, era apoiada em legislação infraconstitucional que era vigente a época da decisão.

Ocorre que houve a alteração do art. 283 do CPP que trouxe a impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Além dessa alteração

sobreveio também uma previsão do novo Código de Processo Civil, em especial o artigo 1029, § 5º, passando a prever o efeito suspensivo nos recursos especiais e extraordinários (BRASIL, 2015). Dessa maneira, legislação infraconstitucional que preveja a possibilidade da execução logo após a sentença condenatória em segunda instância fere expressamente uma previsão constitucional que estipula, de forma segura, o marco da Presunção de Inocência e as previsões leais nos Códigos Processuais Brasileiros.

Por tal razão é que se procura avaliar os argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, considerando a mudança jurisprudencial um retrocesso, se comparada com o sistema processual adotado no Brasil e sob o Estado Democrático de Direito.

### **3 HABEAS CORPUS 126.292/SP E A ADC 43 E 44**

No caso do HC 126.292/SP, o réu Marcio Rodrigues Dantas foi condenado em primeira instância à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprido em regime fechado, pela prática do crime e roubo circunstanciado, previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, ocasião em que lhe foi permitido recorrer em liberdade. A defesa interpôs o recurso de apelação contra essa decisão, ao qual foi negado provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O Tribunal mandou expedir mandado de prisão contra o paciente, sem qualquer fundamento de prisão preventiva. Foi impetrado, contra a referida decisão o HC 126.292/SP com o pedido que fosse sobrestado o mandado de prisão. O pedido liminar foi concedido pelo Ministro Relator Teori Zavascki, e logo após revogado quando houve a denegação do Habeas Corpus pela maioria do Plenário da Corte Constitucional (BRASIL, 2016).

Os Ministros Teori Zavascki, relator do Habeas Corpus, Edson Fachin, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso votaram pela denegação da ordem de habeas corpus, ou seja, favorável a possibilidade de execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber votaram em sentido contrário. Passa-se a analisar, portanto, os principais argumentos trazidos pelos Ministros (BRASIL, 2016).

A decisão fruto do HC 126-292 trouxe grande polêmica ao cenário jurídico, pois viola o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da CRFB/88. O Supremo Tribunal Federal ao se posicionar desta forma, causou uma enorme insegurança jurídica no que se a possibilidade ou não da execução provisória da pena.

A regra, num sistema penal de natureza acusatória, é a liberdade. O indivíduo deverá permanecer livre até o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, até que se prove sua culpa, ele não será preso. A exceção se encontra nos casos das medidas cautelares.

No Habeas Corpus nº 126.292/SP relatado pelo Ministro Teori Zavascki e julgado pelo pleno no ano de 2016, foi alterado de forma substancial e a jurisprudência da corte que vinha se uniformizando desde o ano de 2009 mudou drasticamente. O Ministro Relator defendeu a mudança sob alegação de refletir sobre o alcance do princípio de presunção de inocência diante da função da justiça penal (GONÇALVES e GEBARA, 2016, p. 5).



“O alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal” (STF, 2016).

O Ministro sustentou que o juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, torna inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão. O relator, ainda sustentando a mudança, afirma que o princípio da presunção de forma absoluta, na maioria das vezes tem propósitos protelatórios (STF, 2016). Segue trecho da ementa:

“Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal” (STF, 2016).

O Ministro Teori Zavaski, votando a favor da execução provisória da pena, afirma que a presunção de inocência deve estar harmonizada com o princípio da efetividade da função jurisdicional do Estado. Expõe a necessidade de ponderação entre efetividade no sistema penal brasileiro e o princípio da não culpabilidade. Para este Ministro, um princípio pode ser aplicado de forma intensa que o outro, a depender da ponderação que se faz com os demais princípios constitucionais. Ressalta que a ponderação deve ser feita em relação em princípios, já que não se trata de regras.

Vale ilustrar o entendimento do Relator com o seguinte trecho de seu voto:

“Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás,

está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado” (BRASIL, 2016)

Nesse mesmo sentido, qual seja, de que princípio da presunção de inocência deve estar equilibrado com o princípio da efetividade da função jurisdicional do Estado, o Ministro Barroso traz o seu voto:

“(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal” (BRASIL, 2016).

O Ministro Barroso ao votar favorável a execução provisória da pena, entende ainda que a decisão que autoriza a prisão antes do trânsito em julgado, reestabelece o prestígio das vias ordinárias, e evita a prescrição, visto que a demora do trânsito em julgado acaba por impedir a função principal do sistema penal (STF, 2016).

“Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o exDeputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos” (STF, 2016).

No tocante a culpabilidade, o texto da norma indica que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação. Contudo resta saber o

qual o conceito da palavra culpado. Os Ministros Teori Zavaski, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes afirmaram que a culpabilidade deverá ser aferida até que haja um juízo de culpa sobre o acusado, mesmo que não seja definitivo. Ou seja, eles afirmam que a culpabilidade será aferida com a condenação na segunda instâncias.

Para o Ministro Luiz Fux, não há que se falar em presunção de inocência em instâncias superiores, pois a presunção se encerra quando o indivíduo foi considerado culpado nas duas primeiras instancias (STF, 2016).

“É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena” (STF, 2016).

A Ministra Carmem Lúcia, entendeu que devido à demora em aplicar a pena, acaba-se perdendo o senso de justiça e, portanto, o início da execução da pena em segunda instancia não afronta o princípio da presunção de inocência (STF, 2016).

“As consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais” (STF, 2016).

A ministra Carmem Lúcia afirma ainda que a culpabilidade e a condenação são institutos diferentes. A culpabilidade traz a condição de que todos são considerados inocentes até que se prove o contrário.

Segue o trecho demonstra a ementa que retrata o referido entendimento:

“Eu, Senhor Presidente, fiquei vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido do que é o voto agora do Ministro-Relator, ou seja, considere que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não

condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte” (BRASIL, 2016).

Para Fachin, "não há antinomia" entre lei que só autoriza execução da pena de prisão depois do trânsito em julgado e o entendimento do Supremo que a autorizou depois da decisão de segunda instância. (STF, 2016).

“Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade” (STF, 2016).

O Ministro Fachin e o Ministro Gilmar Mendes concordam no entendimento que é possível a ocorrência de um tratamento mais gravoso conforme o processo evolui. Segundo os Ministros com o julgamento de primeira instância fica estabelecido um juízo de culpa sobre o acusado. Com o julgamento em segunda instância a culpa se consolida, haja vista que neste momento se esgota a análise dos fatos e provas. E indiferente o fato de cabimento ou não de recurso para que a culpa seja verificada. (STF, 2016).

Segue abaixo texto que demonstra o entendimento:

“Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários. Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. Esgotadas as instâncias

ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade” (STF, 2016).

No que se refere ao núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, afirmam os Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin se tratar do fato de que ônus da prova recai sobre a acusação. Dessa forma, é possível ampliar ou restringir a aplicação deste princípio, desde que não se atinja este núcleo fundamental. Se faz necessário encontrar um equilíbrio da interpretação das normas constitucionais para que seja possível resgatar a força da sentença penal. (STF, 2016).

Afirma o Ministro Gilmar Mendes, como se pode ver neste trecho do seu voto:

“O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo” (STF, 2016).

O ministro Barroso, ao se pronunciar sobre a essência do núcleo da presunção de inocência afirma ver sobre duas diretrizes, a do *in dubio pro reo*, que afirma que qualquer dúvida deve gerar uma interpretação que beneficie o acusado, e a do *favor libertatis*, que afirma que a liberdade é a regra e a exceção é a prisão.

“Sobre a essência do núcleo fundamental o Ministro Barroso so vê sobre duas diretrizes: a do *in dubio pro reo*, que indica que qualquer dúvida deve gerar uma interpretação favorável ao acusado e ado do *favor libertatis*, que afirma ser a liberdade uma regra [...] o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida” (STF, 2016).

Assim, o ministro Barroso entende a necessidade de que o ônus da prova recaia sobre a acusação, não cabendo ao acusado comprovar sua inocência. Isso significa que o imputado é inocente até que se prove o contrário (STF, 2016).

O ministro Gilmar Mendes faz comparações entre a aplicação da lei penal no Direito Internacional e o Direito Brasileiro, dizendo que em quase todas as convenções a presunção de inocência se encerra quando o réu é declarado culpado, não sendo necessário o trânsito em julgado para tanto. Ressalta ainda que a morosidade e o excesso de recursos cabíveis no sistema penal brasileiro levam ao fenômeno da prescrição (STF, 2016).

“Em suma, são casos emblemáticos, mas apenas para ajudar a ilustrar essa situação. E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediente do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade” (STF, 2016).

Desta forma, o Ministro Gilmar Mendes diz que o princípio da presunção de inocência, quando visto em harmonia com os tratados e convenções internacionais, se limita ao momento em que a culpa é legalmente comprovada. É inaceitável que na realidade brasileira, se mantenha um sistema que alimenta a cultura da impunidade, que se deve tanto à demora no julgamento, quanto às inúmeras ocorrências de prescrição. (STF, 2016).

Os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso abordam ainda dobre a finalidade dos recursos de natureza extraordinária e afirma que o papel dos referidos recursos não é analisar as injustiças do caso concreto, mas sim a uniformização da interpretação das leis federais e da Constituição Federal.

Segue trecho do voto do Ministro Edson Fachin que demonstra essa ideia:

“A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus

papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional” (BRASIL, 2016).

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a Constituição é clara ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal é competente para julgar “causas decididas”, esta forma, não há mais que se falar em possibilidade da revisão dos fatos e provas, mas tão somente a interpretação do direito que se aplica ao caso concreto. É isso que se extrai do seguinte trecho do seu voto:

“Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP)” (BRASIL, 2016).

O Ministro Teori Zavascki diz que os recursos extraordinários não restringe o do duplo grau de jurisdição, em razão da limitação material de análise, que são somente a matéria de fato e de direito (BRASIL, 2016).

Os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin e Gilmar Mendes afirmam que há, ainda, a possibilidade de se requerer medidas cautelares com de efeito suspensivo, além do fato de que uma eventual ilegalidade poderá ser corrigida por outros meios que não seja os recursos extraordinários, como pode-se observar do seguinte trecho do voto do Relator:

“Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de

outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para a condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos” (BRASIL, 2016).

O Ministro Barroso traz à baila ainda a questão da não aceitabilidade no meio social da interpretação ilimitada do princípio. Afirma que a execução da condenação após o esgotamento das instâncias ordinárias é uma questão de ordem pública, sob pena de se perder a credibilidade do sistema penal e do Poder Judiciário. O Ministro Luiz Fux entende que a presunção de inocência não está mais dotada do “sentimento constitucional” o que a sociedade espera uma resposta do poder judiciário e do sistema penal.

Nesse sentido, voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

“Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados” (BRASIL, 2016)

O Ministro Barroso falou também sobre o da seletividade do sistema penal, especialmente em se tratando dos Tribunais Superiores. Segundo ele, é um problema decorrente da grande interpretação extensiva que se dá ao princípio da presunção de inocência. Considera ainda uma utilização abusiva do direito de defesa por meio da interposição protelatória de recursos. O problema é que esta prática diz apenas às pessoas que possuem recursos financeiros para manter um advogado para recorrer



nos Tribunais Superiores. Isso significa que a medida que a execução provisória da pena beneficia apenas os réus mais ricos. Desta forma, a permitir a execução provisória da pena, reduzirá o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro e evitará que as pessoas com mais recursos financeiros possam procrastinar (STF, 2016)

Segue voto do Ministro Barroso:

“Além disso, a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Atualmente, como já demonstrado, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal. A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema” (STF, 2016).

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio, que votou contrário a execução provisória da pena, diz se tratar de uma tarde infeliz da vida da Corte. Afirmou que quando o texto é claro não cabe a interpretação, sob pena de estar-se criando uma nova norma constitucional. Afirmar que esse preceito não cabe interpretações, haja vista se tratar de uma norma clara e precisa. Caso se entenda o contrário, a Corte estaria reescrevendo a constituição (STF, 2016).

“Esses dois pronunciamentos esvaziam o modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Carta – não me canso de dizer – que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio País. Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo,

quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadão” (STF, 2016).

O Ministro reconhece a morosidade da justiça. Reconhece que o tempo é preciso para processo penal sobretudo para o acusador, embora os vários marcos interruptivos da prescrição. Contudo lembra que é em épocas de crise que deve buscar-se resguardar direitos, garantias e valores, ressaltando que a sociedade não pode ser surpreendida e viver de sobressaltos. O entendimento da Suprema Corte era pela impossibilidade da execução provisória antes do trânsito em julgado ontem, e hoje, interpretando o mesmo texto da Constituição o entendimento já é oposto (STF, 2016).

“Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa” (STF, 2016).

De forma incisiva, o Ministro Marco Aurélio dispõe que o sistema jurídico penal que rege na República coloca a prisão como instrumento excepcional, aplicada apenas após a irrecurribilidade de título judicial condenatório, ou então, nas hipóteses de prisões processuais estabelecidas pelo artigo 312 do CPP. E acrescenta, que há que se considerar o princípio da auto contenção. (STF, 2016)

Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa (STF, 2016).

Sobre a prisão antes do trânsito em julgado o Ministro Celso de Melo e Ministro Marco Aurélio faz apontamentos sobre o fato de que prisão antes do trânsito em julgado não possui caráter punitivo e sim cautelar. Segue a transcrição da seguinte ementa (STF, 2016):

“EMENTA: PRISÃO CAUTELAR. INCONSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE APÓIA A DECISÃO QUE A DECRETOU: GRAVIDADE OBJETIVA DO CRIME, NÃO-VINCULAÇÃO DO RÉU AO DISTRITO DA CULPA E RECUSA DO ACUSADO EM APRESENTAR A SUA VERSÃO PARA OS FATOS DELITUOSOS. INCOMPATIBILIDADE DESSES FUNDAMENTOS COM OS CRITÉRIOS FIRMADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. DIREITO DO INDICIADO/RÉU DE NÃO SER

CONSTRANGIDO A PRODUZIR PROVAS CONTRA SI PRÓPRIO. DECISÃO QUE, AO DESRESPEITAR ESSA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL, DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA DO ACUSADO. INADMISSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. DOCTRINA. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

- A privação cautelar da liberdade individual ' qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) ' não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a idéia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), que não se confunde com a prisão penal ('carcer ad poenam'). Doutrina. Precedentes. - A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes. [...] Medida cautelar deferida" (STF, 2016).

A execução provisória da pena tem naturezas completamente distintas das prisões de natureza cautelar, de forma que não devem ser confundidas. A prisão cautelar é realizada para fins de investigação ou até mesmo em caso de proteção à ordem pública, à ordem econômica ou para assegurar a aplicação da lei penal e tem duração determinada, devendo sempre observar os requisitos previstos nas legislações atinentes que se referem a prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária (STF, 2016).

A execução provisória da pena, de forma diversa, consiste no início do cumprimento da pena antes da ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória. É uma prisão realizada depois do julgamento de primeira e segunda instância, porém ainda passível de recursos (STF, 2016).

O Ministro Marco Aurélio afirma que meras conjecturas não podem gerar consequências penais ou extrapenais e que estas só se tornam possíveis diante de um título executivo definitivo (STF, 2016). Segue trecho da ementa:

“Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, em sede processual penal, de idoneidade jurídica. Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade” (STF, 2016).

O Ministro entende que o argumento é frágil, e afirma que para haver uma condenação em matéria penal, se faz necessário um juízo de certeza acerca da ocorrência da culpa do acusado.

O Ministro Marco Aurélio traz ainda informações sobre várias decisões no Superior Tribunal de Justiça apontando diversas jurisprudências que alteraram materialmente a situação do condenado e traz exemplos a saber: a tese de que o aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis depende de fundamentação concreta e específica que extrapole elementos vinculados ao tipo. (STF, 2016); a previsão de que para se caracterizar a continuidade delitiva é necessário o preenchimento de certos requisitos de natureza objetiva e subjetiva; aponta que nos presentes casos o tipo penal foi interpretado não apenas sob o ângulo das circunstâncias fáticas do caso, mas também ante o próprio significado da norma em jogo o que cabe reforma pela Corte e pode alterar a condição do acusado no tocante a prisão (STF, 2016).

Marco Aurélio enfatiza a clareza do texto Constitucional ao estabelecer o marco do trânsito em julgado para a presunção de inocência de forma que é descabida o direito comparado ao se referir a interpretação da norma prevista no art. 5º, LVII da CF. Entende que a jurisprudência tem sido farta na tentativa de garantir aos acusados direitos que decorrem da presunção de inocência como a decretação de prisão cautelar quando desnecessária, a utilização das algemas e a situação humilhante do acusado no banco dos réus (STF, 2016).

Os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski afirmam que a norma constitucional é clara, precisa e taxativa, não havendo margem para interpretações. (STF, 2016)

Para o Ministro Celso de Mello, não se deve fazer comparações com outros países, pois nas demais constituições não há a previsão expressa do marco do trânsito em julgado (STF, 2016):

“Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal” (STF, 2016).

Dessa forma, a norma constitucional não deve ser lida e interpretada da forma mais lógica e razoável, levando em consideração o sistema complexo da Constituição Federal.

O Ministro Celso de Mello, já no início do voto, se reporta ao princípio da presunção de inocência como uma conquista histórica dos cidadãos face ao poder opressivo do estado. Diz que em qualquer sociedade civilizada tem que se respeitar o princípio da inocência, sob pena de ferir o estado democrático de direito (STF, 2016).

“Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades” (STF, 2016).

Para o Ministro Celso de Melo a consagração do princípio da presunção de inocência independe da gravidade do crime ou de sua hediondez. Sempre vai haver uma prerrogativa do acusado ser considerado inocente, para todos os efeitos, até o trânsito em julgado da condenação criminal (STF, 2016).

O Presidente do STF, Ministro Ricardo Levandoswski, destacou que a norma é clara não cabendo interpretações e pontuou estatísticas que demonstram o grande número de absolvições em instâncias superiores, bem como o aumento de números de presos com a mudança de posicionamentos (STF, 2016).

“Decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo” (STF, 2016).

A Ministra Rosa Weber disse não se sentir confortável para mudar a Jurisprudencia daquela Corte (STF, 2016):

“Este Plenário apreciou o tema com profundidade, naquela oportunidade, à luz da Constituição. Exarados votos, inclusive um belíssimo, como sempre, do nosso eminente decano, Ministro Celso de Mello, no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto” (STF, 2016).

Após o julgamento do referido HC, o conselho da ordem dos Advogados do Brasil juntamente com o Partido Ecológico Nacional ajuizou as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, com pedido de liminar, para que fosse avaliada a harmonia do art. 283 do Código de Processo Penal (RODRIGUES, 2017, p. 40).

O art. 283 do CPP dispõe:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

A decisão do Plenário foi considerada incompatível com o art. 283 do Código de Processo Penal, no qual se determina a necessidade do transitado em julgado para que se inicie o cumprimento da pena (RODRIGUES, 2017, p. 43).

Mister se faz ressaltar que no julgamento do HC 126.292 a presunção de inocência observou tão somente os aspectos constitucionais, não se referindo ao dispositivo constante no Código de Processo Penal.

O objetivo da ADC 43 é demonstrar que o art. 283 do CPP era uma norma instituída com o peso da escolha do povo, dessa forma o poder judiciário haveria que respeitar a escolha feita pelos representantes do voto popular. Já o ADC 44 teve o objetivo de trazer o entendimento que o art. 283 do CPC era um espelho do art. 5º, LVII da CF e, declará-lo inconstitucional implicaria em declarar inconstitucional uma norma originária da CF (RODRIGUES, 2017, p. 44).

Os votos da maioria dos ministros foram pela constitucionalidade do art. 283, porém devendo o referido artigo ser interpretado conforme a constituição para possibilitar dessa forma a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Cabe ressaltar que o plenário não julgou o mérito das ADCs, mas tão somente a medida cautelar, oportunidade em que negou o pedido. Dessa forma, o plenário manteve o mesmo entendimento anterior.

O mérito das ADC's encontra-se pelo ministro Marco Aurélio para discussão pelo Plenário, contudo o julgamento depende de a presidente do Supremo, Ministra Cármen Lúcia, pautá-las.

## **4 ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS EM FAVOR DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC 126.292/ SP**

Passa-se agora a análise crítica dos argumentos utilizados a fim de manter a execução provisória da pena.

### **4.1 Da coisa julgada e transito em julgado**

Sobre o trânsito em julgado, Suxberger, Kurkowski (2017, p. 195) faz alguns questionamentos: “O que é transito em julgado?”

A Constituição não traz a definição da palavra trânsito em julgado ou coisa julgada (Suxberger, Kurkowski 2017, p. 195). O art. 6, § 1, Decreto Lei nº4.657/42 assim dispõe: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial que já não caiba recurso”.

De acordo com Suxberger, Kurkowski (2017, p. 195), no tocante ao trânsito em julgado, há que se levar em consideração o fato que no processo penal não há a imutabilidade da sentença, haja vista a possibilidade de sempre poder ser atacada por meio um Habeas Corpus ou da Revisão criminal. Desta forma, é possível chegar à conclusão que a sentença penal não se reveste de imutabilidade absoluta, razão pela qual seria sempre uma sentença provisória (Suxberger, Kurkowski 2017, p. 195).

Contudo, não se deve confundir o conceito de trânsito em julgado com coisa julgada. O primeiro ocorre no momento em que a sentença se torna imutável, momento em que surge a coisa julgada material (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 18).

Barbosa Moreira (1971, p. 45) traz um conceito:

“Por ‘trânsito em julgado’ entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso”.

Machado Guimarães conclui que:

“A decisão transita em julgado cria, conforme a natureza da questão decidida, uma das seguintes situações: a) a coisa julgada formal, ou b) a coisa julgada substancial”.

Não merece prosperar os argumentos utilizado por Antônio Suxberguer, haja vista que a revisão criminal e o Habeas Corpus não são considerados recursos e sim de ações autônomas de impugnação. Desta feita sentença penal se torna definitiva como o trânsito em julgado do recurso extraordinário. O alcance do trânsito em julgado



quando se está diante do processo penal não pode ser tratado da mesma forma em que se trata o alcance do trânsito em julgado na esfera cível, haja vista a maior gravidade de uma sanção penal, que é a privação da liberdade. A supressão dessa liberdade suportará uma carga infinitamente mais gravosa quando comparadas com outros bens jurídicos tutelados. Desta feita, é necessário que todas as instâncias possam analisar ou reanalisar o caso, reconhecer nulidades ou reinterpretar a questão.

Diante do explicitado não há margem, nem mesmo pelo STF, de interpretação no sentido de que somente há a presunção de inocência até a condenação em segunda instância, mesmo que ainda existam recursos extraordinários e especiais a ser interpostos. Trata-se de uma visão equivocada segundo a qual a presunção de inocência não tem como marco o trânsito em julgado (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 18).

Nesse sentido Maurício Zanoide de Moraes (2008, p. 483):

“Essa visão ‘gradualista’ da presunção de inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da ‘presunção de culpa’, pois sob seu argumento está uma ‘certeza’ de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória. Desconsiderando a importância da cognição dos tribunais, ‘crê’ que a análise do juízo *a quo* pela condenação prevalecerá e, portanto, ‘enquanto se espera por um desfecho já esperado’, mantém-se uma pessoa presa ‘provisoriamente’”.

Por fim, fazendo uma análise jurídica, cabe afirmar que o acusado deve ter a mesma condição de um inocente seja na lei ou na jurisprudência, diante de uma ação penal em curso num Estado Democrático de Direito. Essa isonomia não deve ser alterada conforme os momentos da persecução penal. Enquanto houver recurso interposto pelo acusado, este deve ser tratado como inocente, como se nunca houvesse sido investigado ou processado (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 18).

#### **4.2 Questões probatórias nos julgamentos dos recursos extraordinário e especial**

Estabelecido o marco para que seja verificada a presunção de inocência, passa-se a analisar um dos principais argumentos que é a não valoração das provas nos recursos excepcionais (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 19).

Na prolação de uma sentença ou mesmo um acórdão condenatório, onde a defesa interpõe recursos excepcionais, já houve uma pretensão acusatória acolhida pelo órgão julgador, razão pela qual o Ministério Público já se desincumbiu de provar a materialidade e autoria do crime. O fato é que os recursos excepcionais não têm finalidade de discutir conteúdos fáticos, ou seja, de culpa do réu, tendo como finalidade discutir tão somente a legislação constitucional e infraconstitucional. Nesse contexto, ao se tratar de recurso extraordinário e especial não há mais que se falar em ônus da prova para o Ministério Público (SUXBERGER e KURKOWSKI, 2016, p. 12).

Fato é que o motivo dos recursos especiais e extraordinários não julgar questões de fato não diminui a chance de que a decisão seja reformada nos tribunais Superiores.

Inicialmente, cumpre informar que o Brasil adota o conceito jurídico de culpabilidade e não o modelo norte americano, que traz como paradigma o controle social do delito. Isso porque no conceito jurídico de culpabilidade o paradigma é a presunção de inocência e a imutabilidade da condenação. Somente se pode afirmar a culpa após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A presunção de inocência é cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil. razão pela qual não se pode concordar com o argumento recente da Suprema Corte (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 20).

Sobre a dicotomia dos recursos, há que se esclarecer que os recursos ordinários estão voltados para a reforma ou anulação das decisões, analisando questões de direito e questões de fato. Já os recursos especiais e extraordinários somente serão discutidos questões de direito que versar sobre a Constituição e Lei Federal (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 21).

Desta feita, é possível concluir que os recursos ordinários visam proteger os direitos subjetivos contra os vícios da decisão, e os excepcionais visam tutelar o direito objetivo, ou seja, a Constituição, a lei federal e os tratados. Eles se prestam a verificar se a aplicação da Constituição e da lei federal foi aplicada corretamente ao caso concreto (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 21).

Ocorre que se estariam reduzindo de forma simplista os recursos excepcionais ao afirmar que eles não se preocupam com direito concreto do acusado.

O STF e o STJ ao julgarem os recursos, além de resolver as questões de direito constitucional e de Lei Federal, respectivamente, aplicam os direitos aos fatos na medida que dão ou negam provimento aos recursos. Estariam dessa forma, não só tutelando a Constituição e a Legislação Federal, mas também o direito subjetivo das partes (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 21).

Certo é que não é possível cindir a questão de fato da questão de direito, pois o direito integra o próprio fato e vice-versa. Quando um profissional do direito pensa no fato, pensa como matéria de direito (STRECK, 2018, p. 1).

Ademais é preciso levar em consideração que a operacionalidade da questão de fato no sistema penal brasileiro é frágil, não havendo que se comparar com o sistema norte-americano a fim de se sustentar a prisão antecipada (STRECK, 2018, p. 1).

De acordo com Antonio Suxberger (2017, p. 8), na ordem internacional não se exige o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, ou seja, a presunção de inocência e a prisão estão diretamente ligadas a demonstração da culpa e não ao trânsito em julgado da sentença. Ressalta que não há lugar para discussões de culpabilidade na instância especial, mas tão somente na instância ordinária, haja vista que a culpabilidade respeita o fato e os recursos excepcionais somente observam a legislação abstrata.

Na verdade, quando se admite que se pode prender após a decisão de segundo grau, cria-se uma tese moral, buscando atender o clamor popular, combater a impunidade, mas nunca uma tese jurídica. Ao afirmar que a Constituição deve levar em consideração tais argumentos, seria substituir a lei pela moral. Ao confundir o direito penal com questões de política social só se demonstra o quão grande é o problema de compreensão do sentido do Direito. Seria como afirmar que as garantias podem atrapalhar o combate à impunidade, o que não é verdade (STRECK, 2018, p. 2).

Há ainda o argumento sempre utilizado para manter a execução antecipada de frente a 194 países, só o Brasil tem o privilégio de esperar o trânsito em julgado para que se não se considere o indivíduo como inocente (STRECK, 2018, p. 2).

Inicialmente, há que se ressaltar que se nas outras constituições não é prevista essa garantia, na Constituição Brasileira é prevista de forma expressa e clara. Há que se levar em consideração ainda as peculiaridades sobre a maneira como são julgados os processos em primeira e segunda instância no Brasil e no sistema norte-

americano. O que dizer de um sistema em que a denúncia é recebida em três linhas com base no *in dubio pro societate*, onde se inverte o ônus da prova, onde o réu é condenado por intima convicção. Estaria a matéria de fato esgotada? (STRECK, 2018, p. 2)

Ao analisar uma prova ilícita, que é uma violação clara a norma federal e a Constituição, como discutir se a prova ilícita sem discutir o seu uso? Seria questão de fato ou de direito? Portanto, quando um profissional jurídico pensa no fato, o pensa como direito, de modo que, quem defende a prisão como decorrência lógica da sentença condenatória de segundo grau, se coloque no lugar do réu, que teve sua denúncia recebida com base no *in dubio pro societate*, que teve o ônus da prova invertido, devidamente reconhecido pelo juízo de segundo grau. Lembrando que isso acontece todos os dias (STRECK, 2018, p. 4).

Noutro aspecto, em que pese não ser possível observar em recurso especial e extraordinário incidência da presunção de inocência, em seu aspecto probatório, isto é, de regra de julgamento, deve ser observada a outra vertente da presunção de inocência, identificada com a regra de tratamento do acusado, que não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Há ainda que se analisar que diversos temas, envolvendo questões predominantemente de direito são passíveis de ataque em recurso especial e extraordinário e podem permitir uma alteração da decisão condenatória para reformá-la para um resultado absolutório ou até mesmo para reduzir a pena imposta, cominando na alteração do regime de pena. Isso sem se referir a extinção de punibilidade pela prescrição e a anulação da sentença condenatória que não aplicou corretamente a lei federal ou constitucional (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 25).

Como bem lecionam, Aury Lopes e Gustavo Badaró (2016, p. 26):

“Embora no recurso especial e extraordinário não se discuta “questão de fato”, é perfeitamente possível a sua interposição, para se questionar os critérios de apreciação da prova, a errada aplicação das regras de experiência, a utilização de prova ilícita, a nulidade da prova, o valor legal da prova, as presunções legais, ou a distribuição do ônus da prova, pois todas estas questões não são “de fato”, mas “de direito”. Nesse campo, também deve ser aceito o recurso contra decisões para controlar a valoração probatória quanto aos princípios gerais da

experiência, os conhecimentos científicos, as leis do pensamento e, até mesmo, os fatos notórios”.

É possível ainda, por meio de recurso especial e extraordinário, questionar a **qualificação jurídica** dada a um determinado fato, a valoração, ou melhor, o preenchimento do conteúdo normativo de conceitos juridicamente indeterminados, a exemplo da boa-fé, injúria grave, justa causa, dentre outros, sendo passível de controle em recurso extraordinário ou especial a interpretação dada a tais conceitos vagos (LOPES e BADARÓ, 2016. p. 26).

Ante todo o exposto, não existem razões para sustentar que o acusado que impugna o acórdão do tribunal local, seja mediante Recurso Extraordinário, seja por meio de Recurso Especial, não seja presumido inocente. Isso porque a Constituição assim o determina, considerando que ninguém será considerado culpado, “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, caput, inc. LVI), e também porque os referidos recursos têm o condão de levar a um resultado absolutório, que preserva o status de inocente de todo cidadão.

O que se percebe de fato é que o caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário não afeta o conceito de trânsito em julgado estabelecido pela Constituição Brasileira como o marco inicial para o tratamento de culpado e marco final do processo, ainda que sejam tais recursos de fundamentação vinculada e limitadas as questões de direito, não podendo desta feita, ser considerado um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 27).

#### **4.3 Da ausência de efeito suspensivo**

O revogado § 2º do art. 27 da Lei nº 8038/1990, bem como o caput do art. 995 do novo Código de Processo Civil, não se aplica ao processo penal, sobretudo por desconsiderar suas categorias jurídicas próprias. O que se precisa entender é que não se trata de um efeito meramente recursal, trata-se da liberdade de um indivíduo que não deve ser preso antes do trânsito em julgado, sem que a prisão tenha caráter cautelar (LOPES e BADARÓ, 2016, p.28).

Importante ressaltar que a execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil, sendo impossível devolver ao imputado o “tempo” que lhe foi tomado se, ao final, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal der

provimento ao recurso especial ou extraordinário, para, por exemplo, anular *ab initio* o processo, ou reduzir sua pena ou, ainda, alterar o regime de cumprimento (LOPES e BADARÓ, 2016, p.32).

Ademais existe uma grande diferença entre o que se discute no processo penal e no processo civil. Enquanto este se ocupa do “ter”, aquele se ocupa do “ser”. Desta forma, há que ponderar que não se trata tão somente de um mero efeito recursal quando se discute a eficácia temporal da garantia constitucional (LOPES e BADARÓ, 2016, p.33).

Desta feita chega-se à conclusão que o conceito de trânsito em julgado não tem absolutamente nenhuma relação com o efeito recursal.

#### **4.4 Da quantidade de recursos especiais e extraordinários defensivos admitidos**

Inicialmente cumpre ressaltar que a legitimação dos recursos extraordinários não tem natureza quantitativa, não dependendo dessa forma do número de recursos a serem providos. Portanto, não merece prosperar o argumento de que a presunção de inocência incide até o julgamento do recurso em segundo grau devido ao “grau reduzido” do número de recurso especial e extraordinário que são admitidos ou providos (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 41).

Fazendo uma analogia, seria descabido pensar que a presunção de inocência fosse aferida com base na quantidade de sentenças absolutórias. Seria um retrocesso pensar que, já que a maior parte dos recursos excepcionais interpostos pela defesa não são providos, dever-se-á considera-los como desnecessários, justificando que se pensa para somente depois decidir (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 41).

Ainda dentro deste aspecto, não devem ser desconsideradas as limitações para acesso aos tribunais superiores, que produzem inúmeras súmulas defensivas, a exemplo da que trata sobre a necessidade de pré-questionamento e repercussão geral (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 41).

#### **4.5 A (in) constitucionalidade do art. 283 do CPP**

O art. 283 do Código de Processo Penal, assegura que ninguém poderá ser preso sem que haja sentença condenatória transitada em julgado, salvo as hipóteses de prisão cautelar.

Na decisão do julgamento do HC, não há nenhuma referência ao art. 283 do CPP, nem mesmo uma declaração de inconstitucionalidade, o que seria necessário

haja vista a incompatibilidade da decisão proferida pelo STF e a norma legal. Não se pode deixar de aplicar uma norma legal sem que antes a declare inconstitucional (LOPES e BADARÓ, 2016, p.41).

De acordo com LOPES e BADARÓ (2016, p.36):

“Não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade. Consequentemente, segue questionando Streck, se esse dispositivo não foi declarado inconstitucional, então houve o quê? “Interpretação do instituto da prisão provisória à luz da CF? Mais: esse novo entendimento não deu azo a uma súmula vinculante. E nem poderia, mesmo que tivesse 8 votos, porque a CF é clara, em seus limites semânticos, no sentido de que são necessárias várias decisões (reiteradas!). Portanto, na medida em que não é cabível a tese da abstratalização (objetivação) do controle difuso (a Recl. 4.335 virou uma SV) porque, no caso, nem declaração de inconstitucionalidade houve, não caberá reclamação da decisão de um tribunal que resolva não aplicar a nova posição do STF”

É necessário observar que a decisão do Supremo Tribunal Federal é resultado de controle de constitucionalidade incidental, uma vez que a matéria foi levada ao Plenário. Nesse caso, não houve declaração incidental, o que houve foi uma interpretação da Constituição e, ao que se sabe, não há dispositivo do CPP declarado inconstitucional (STRECK, 2016). De acordo com o Ministro Teori Zavaski, em seu voto na Reclamação 2.645 não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo “*sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade*” (STRECK, 2016). Ocorre, que nesse julgamento não foi enfrentada a inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, o motivo da omissão ainda não se sabe, o que se tem certeza é que o dispositivo ainda continua hígido.

Portanto, ou se entende que a decisão proferida pelo STF viola formalmente a norma contida no art. 283 do CPP, devendo ser reformado, ou, devendo ser declarada a norma expressamente inconstitucional. O que não pode ocorrer é a omissão sobre (in)constitucionalidade uma norma de tamanha relevância (LOPES e BADARÓ, 2016, p.36).

#### **4.6 Da (de)mora jurisdicional e sensação de impunidade do “estado de coisas inconstitucional”**

Outro argumento utilizado para sustentar a execução provisória da pena é a (de)mora no julgamento dos Recursos Especial e Extraordinário, o que geraria impunidade e insatisfação social. É cediço que a justiça brasileira se encontra sobrecarregada, não excetuando dessa realidade o STF e o STJ. Em especial, no STJ, percebe-se a necessidade de aumento do número de Ministros, principalmente em matéria criminal, que hoje conta somente com 2 turmas, haja vista a alta demanda de um país de grande dimensão como o Brasil (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 37).

Não se combate o argumento da (de)mora jurisdicional e da eventual ocorrência da prescrição que são legítimos. O que se rebate e considera-se inaceitável é a “solução” dada, qual seja, a execução antecipada da pena, sem qualquer caráter cautelar (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 37).

O Ministro Celso de Melo menciona, em seu voto, que nem a inefetividade da justiça brasileira bem como a sensação de impunidade não podem levar a restringir a presunção de inocência. Ele aponta que uma solução mais eficaz para esse problema seria uma melhor reformulação do sistema processual. De modo algum deve-se desconsiderar os preceitos constitucionais com a finalidade de sanar uma ineficiência do Estado (STF, 2016).

É preciso que haja um equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais. Não é a execução provisória da pena que irá resolver o problema do sistema de justiça brasileiro. Caso prevaleça tal argumento, o que se terá, de fato, são situações agravadas, haja vista que pessoas presumidamente inocentes, pois ainda não houve o trânsito em julgado, terão que suportar a demora jurisdicional presas, permanecendo a demora imensa e crescente no sistema judiciário (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 37).

Não se deve admitir que pela ineficiência do estado, seja ela física ou material, em prestar a tutela jurisdicional adequada, se suprimam garantias individuais dos acusados. A organização do Judiciário, bem como sua estruturação, cumpre ao Estado prover (LOPES e BADARÓ, 2016, p. 37).

O Ministro Celso de Melo em seu voto diz que as ações recursais não tem o condão de esvaziar a presunção de inocência, à medida que a Constituição é clara ao definir o marco do trânsito em julgado para o referido princípio. Enquanto pendente recursos de natureza ordinária e extraordinária a sentença ainda será passível de



reformas, de forma que a instabilidade só vai cessar com o julgamento do último recurso interposto (STF, 2016).

O Ministro Ricardo Lewandowski ao proferir o seu voto disse estar escandalizado com o entendimento favorável a execução provisória da pena haja vista o recente julgamento onde aquela Corte teria declarado o Estado de Coisas Inconstitucional ao julgar a ADPF 347 e o reconhecimento do total abandono dos estabelecimentos prisionais brasileiros (STF, 2016).

Diante do já colapsado sistema carcerário brasileiro, a decisão do HC 121.292, caso não reformada, gerará um efeito catastrófico.

Nesse sentido leciona LOPES e BADARÓ (2016, p. 38);

“Nesse breve período de vigência da novel decisão, o que já se está vendo no Brasil é uma sanha punitivista e caracterizadora sem precedentes. Já há Juízes de primeiro grau determinando, ex officio, a prisão de réus que aguardam o julgamento do recurso especial; há Desembargadores proferindo votos e já determinando a expedição de prisão na sessão de julgamento em que o resultado é condenatório; Procuradores Regionais Federais e Procuradores de Justiça estão requerendo a prisão após a sessão de julgamento do recurso de apelação, quando o tribunal não se manifesta sobre a expedição de mandado de prisão. Enfim, para prender estão todos ativos. Resta saber se nosso medieval sistema carcerário vai dar conta e a resposta é óbvia”. (LOPES e BADARÓ 2016, p. 38);

Em que pese a decisão proferida no HC 126.292 não tenha efeito vinculante, os tribunais estão se utilizando desse precedente a todo tempo para expedir ordens de prisão antes do trânsito em julgado na sentença condenatória e para agravar ainda mais a situação os Procuradores de Justiça estão requerendo a prisão após o julgamento da Apelação em que não se determinou o cumprimento de pena imediato. Isso certamente irá culminar em grande aumento da população carcerária brasileira.

## 5 IMPACTO NO SISTEMA PRISIONAL

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, no dia 17/02/2016, as prisões que antes só poderiam ser efetuadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória passaram a ser possíveis quando encerrados os recursos ordinários.

Essa decisão traz discussões de natureza diferentes. Questiona-se a natureza política sobre o real papel do direito penal e da criminologia. Tal decisão da corte produz efeitos práticos relevantes na sociedade, dentre eles o número de réus em processo penal que se encontra em fase de Recursos Extraordinários e que com a decisão, podem de forma imediata ser encarcerados. Ademais, se faz importante pensar no impacto da decisão ao verificar na capacidade de acomodações físicas do Estado (HARTAMANN, 2017).

Essa decisão pode ser considerada preocupante pelo motivo de diminuir garantias fundamentais do processo penal.

O que se percebe, analisando os votos da referida decisão, é a preocupação com a efetividade da justiça criminal e com a impunidade daqueles que possuem condições financeiras para prolongar processos judiciais mediante recursos, que por vezes, com a morosidade da justiça, acaba por ocorrer a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Ocorre, que o mesmo não se tem a mesma preocupação com réus de poder aquisitivo baixo, pois estes estariam fadados a prisão pela ausência de condições financeiras para arcar com recursos judiciais

A problemática reside ainda no fato de que o Estado possa estar encarcerando, indevidamente, pessoas inocentes, já que a garantia constitucional prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (HARTAMANN, 2017, p.8).

Foi feito um estudo empírico buscando fazer um levantamento de dados acerca da estimativa da quantidade de réus que respondem processos penais no STJ e STF para saber o número aproximado que após a referida decisão, já poderia ser encarcerado (HARTAMANN, 2017, p.10).

Nesse contexto, foram utilizados dois bancos de dados referentes aos processos no STJ e STF, selecionando uma amostra aleatória de 5% de processos das duas bases (HARTAMANN, 2017, p.10).

Tal população foi composta por processos potencialmente submetidos às consequências que a decisão em comento pode gerar, ou seja, processos que (i) já possuíam decisões em segunda instância, (ii) se encontravam tanto no STJ, quanto no STF, para apreciação de recursos especiais, extraordinários e respectivos agravos, entre 2014 e 2015 e (iii) cujos assuntos fossem de direito penal ou processo penal” (HARTAMANN, 2017, p.11).

Das amostras de 5% foram possíveis extrair o correspondente a 370 processos no Supremo Tribunal Federal e 2.260 processos no Superior Tribunal de Justiça (HARTAMANN, 2017, p.11).

Chegou-se à conclusão que nas amostras de 2.630 processos, existem 423 réus presos (12%) e 3.046 réus que estavam em liberdade aguardando recursos dos tribunais superiores (88%). Os processos na sua maioria são menores do que a quantidade de réus, haja vista possuir mais de um réu por processo. Possível concluir desta forma que em termos de população nos processos que tramitam nos referidos tribunais existem cerca de 8.460 réus presos para 60.920 réus soltos. A amostra antecede a decisão proferida no HC 126.292 (HARTAMANN, 2017, p.15).

Diante dos números, passou-se analisar então uma previsão do impacto da decisão do STF diante da possibilidade da execução provisória da pena em segunda instância. Descobriu-se que existem, dentro da amostra, 173 (6%) réus que poderiam ser detidos imediatamente em razão da mudança jurisprudencial. O dado da amostra representa um número de 3.046 réus, já que se trata de uma amostra que representa o todo (HARTAMANN, 2017, p.11).

Enfim, as críticas de tal mudança jurisprudencial do STF residem no caos no sistema prisional com novos mandados de prisões a serem expedidos.

Segundo levantamento feito pelo Ministério da Justiça, há atualmente mais de 600 mil presos no Brasil. Portanto, com as expedições de novos mandados de prisões de réus condenados em segunda instância com pena igual ou maior a 8 anos, que ainda possuem recursos nos Tribunais Superiores significaria um aumento de 0,6% de números de presos no Brasil (HARTAMANN, 2017, p.17).

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro aponta que 41% dos recursos interpostos perante ao STJ são revistos e afirma que a execução provisória irá ocasionar um sistema penal seletivo, punindo mais quem cometeu crimes pequenos (CONJUR, 2016).

A defensoria Pública do Estado de São Paulo, de acordo com dados de 2015, por meio do Núcleo de Segunda Instancia e Tribunais Superiores afirmam que são concedidos em média 50% de habeas Corpus no STJ, do total de impetrações (LIMA e CURY, 2018).

Nesse interim, pode-se afirmar que cerca de 4 mil pessoas poderiam ter alterações em seus regimes, diminuição de pena, absolvição, dentre outros direitos a elas garantidos (LIMA e CURY, 2018).

Em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, com base no lapso temporal entre 2008 a 2012, demonstra-se que os 66,4% dos Habeas Corpus impetrados em todo Brasil obtiveram a concessão no STF e 43,2% no STJ (LIMA e CURY, 2018).

Foi ainda realizado um levantamento pelo Núcleo de Sistema Carcerário da Defensoria de São Paulo onde ficou constatado que, após o acórdão do HC 126.292, pelo ao menos 13.887 mandados de prisão foram expedidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, compreendidos entre a data de 18 de fevereiro de 2016 e 04 de abril de 2018 (LIMA e CURY, 2018).

Só no ano de 2017 foram recebidas 19.411 intimações, conforme dados compilados pelo Núcleo de Segunda Instancia e Tribunais Superiores do Estado de São Paulo. Isso aponta para um número de 26% de liminares concessivas de HC impetrados pela Defensoria de São Paulo do STJ, e em relação as decisões de mérito, o percentual vai para 44% só em 2017, o que aponta que 8.552 pessoas estavam cumprindo pena de maneira ilegal (LIMA e CURY, 2018).

Dessa forma, pode-se aferir que frente a decisão que possibilita a execução antecipada da pena, milhares de pessoas podem dar inícios a sua pena de maneira ilegal, haja vista o alto número de reforma nos tribunais superiores. Importando ainda ressaltar que a prisão provisória atinge em grande parte os jovens negros e pobres que terão suas garantias ainda mais violadas.

Em que pese o Habeas Corpus não possuir natureza de recurso, é possível aferir diante dos números apontados acima pelas defensorias do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de São Paulo que tem-se um número alto de pessoas estão sendo encarceradas ilegalmente e o impacto disso no Sistema carcerário é alarmante. A partir do momento em que se permite a execução provisória da pena e se desconsidera o alto número de reforma nos Tribunais Superiores, a situação de violação de direitos as garantias constitucionais irá se perpetrar.

Nesse diapasão é preciso maior comprometimento com o estado de defesa dos direitos e garantias constitucionais, a fim de que se observe em seus mínimos detalhes os ritos processuais que são nada menos que garantias individuais.

Ante todo o exposto, pode-se concluir que ao permitir a execução provisória da pena, antes de esgotados todos os recursos cabíveis, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é uma medida gravosa e preocupante.

Resta, dessa forma, a seguinte indagação: É razoável pensar que o mesmo tribunal que declarou o Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347, reconhecendo violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais no Sistema Carcerária, possa, concomitantemente, tornar possível a Execução Provisória da Pena? Não há sombras de dúvidas que isso é um grande contrassenso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou trazer reflexões acerca da (in)constitucionalidade da execução provisória da pena admitida através do HC 126.292 e os impactos que a referida decisão podem causar no sistema penitenciário brasileiros.

Esse tema é de suma importância para os operadores de direito bem como a todos cidadãos, haja vista se tratar de uma redução de garantias constitucionais e legais prevista no ordenamento pátrio.

Não se pode concordar com os fundamentos utilizados como forma de sustentar a possibilidade da execução provisória, isso porque a Constituição Federal é clara ao afirmar que o marco para a perda da presunção de inocência é o trânsito em julgado da sentença condenatória e a única forma de mudar isso é mudando na CF/88. Há que se considerar também que no Brasil adotamos a “Culpabilidade Normativa”, o que exige que só se trate o indivíduo como culpado após o curso inteiro do processo penal com a imutabilidade da sentença. Qualquer decisão contrária afrontaria o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos humanos.

Importante se faz ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é guardião da CF e não o seu dono. Não há espaço para discricionariedades. Há que se observar e respeitar todas as fontes e histórias do processo penal.

O poder do estado se legitima por meios de garantias fundamentais dos indivíduos, limitadas pela constituição com a finalidade de coibir as restrições à liberdade. As normas somente serão válidas se verificada a conformidade com as garantias constitucionais. Dessa forma, é inaceitável.

A execução provisória da pena traz grande instabilidade e insegurança jurídica, haja vista as constantes mudanças jurisprudenciais da Corte Suprema.

Desde de a Constituição de 88, embora expressa previsão, a presunção de inocência foi deixada a segundo plano pelo Supremo Tribunal Federal, sendo interpretada de maneira restritiva por pelo ao menos 20 anos.

Somente em 2009, através do julgamento do HC nº 84.078/MG, o STF alterou o entendimento ao afirmar que a prisão só poderia ocorrer, antes do trânsito em julgado, em caso de prisão cautelar. Dessa forma, a Corte entendeu ser inconstitucional a execução provisória da pena por ferir a presunção de inocência.

Contudo, em 2016, o Supremo Tribunal Federal novamente alterou seu entendimento ao julgar o HC 126.292/SP afirmando não ofender a constituição a

prisão após julgamento da segunda instância. Pode-se dizer tratar-se de um retrocesso de toda uma história e contexto que abrangem o princípio constitucional da presunção de inocência.

Outra problemática trazida com o julgamento do HC 126.292/SP foi a omissão quanto a uma previsão legal, que é o art. 283 do CPP. Diante do silêncio da Suprema Corte, em outubro de 2016 foram propostas as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº 43 e 44, impetradas pela Ordem dos Advogados do Brasil, juntamente com o Partido Ecológico Nacional – PEN.

O STF, por sua maioria entendeu que o art. 283 do CPP não é óbice para execução provisória da pena e indeferiu a liminar. Alegou ainda que o art. Deve ser interpretado conforme a Constituição. O mérito ainda aguarda julgamento, cabendo enfatizar que alguns ministros já se manifestaram pela possibilidade de mudança de voto, como é o caso do Ministro Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Ante toda essa situação, foi realizado um estudo com a finalidade de estimar a quantidade de réus que respondem processos criminais nos Tribunais Superiores e que poderiam ser encarcerados imediatamente após tal decisão. De 5% de amostras que correspondem a 370 processos no STF e 2260 processos no STJ, chegou-se a conclusão que existem 3.046 réus que estavam soltos aguardando julgamentos dos tribunais e 12% estavam presos. Nos referidos tribunais existem cerca de 8.460 réus presos para 60.920 réus soltos.

Diante dos números chegou-se à conclusão que os dados da amostra representam um número de 3.046 réus, já que se trata de uma amostra que representa o todo.

De acordo com dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça a população carcerária no Brasil chegou a 602 mil presos, sendo que 1/4 está na cadeia por determinação da segunda instância, em virtude da execução provisória da pena. Os dados foram divulgados com base no Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP 2.0), e afirmam que 40% dos detentos cumprem prisão provisória. Somente 35% foram condenados em execução definitiva.

Pode-se aferir do presente trabalho, ante a exposição dos votos e as possíveis consequências da decisão, o grande contrassenso de ver o mesmo Supremo Tribunal Federal declarar o Estado de Coisa Inconstitucional e concomitantemente permitir a execução provisória da pena.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. São Paulo: Método, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 22 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 22 set 2018.

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 set 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 84.078. Relator Ministro Eros Grau. Plenário. Diário de Justiça Eletrônico de 25 de fevereiro de 2010. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 27 set 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2016. Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 set 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2018. Disponível em:  
<[www.stj.jus.br: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas)>. Acesso em: 21 set 2018.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. A questão da deserção do recurso de apelação em face da fuga do réu. Disponível em:  
<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6078](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6078)>. Acesso em: 20 set 2018.



CASARA, R. Uma ilustre desconhecida: a presunção de inocência. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/>>. Acesso em: 21 set 2018.

CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-06/prisao-antecipada-aprofundara-injusticas-defensoria-rj>>. Acesso em: 13 set 2018.

CONJUR. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/brasil-presos-provisorios-condenacao-Adefinitiva?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/brasil-presos-provisorios-condenacao-Adefinitiva?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>. Acesso em: 13 set 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. In Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45. 1994. Apud NETTO, José Laurindo de Souza. Processo Penal: Sistemas e Princípios. Curitiba: Juruá 2003. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 20 set 2018.

DOURADO, C. G., & AGUIAR, M. V. (In)ocorrência do esvaziamento do modelo garantista da constituição federal de 1988 com o julgamento do habeas corpus nº 126.292 que relativizou o princípio da presunção de inocência. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/210>>. Acesso em: 15 mai 2018.

FEITOZA, Denilson. Reforma Processual Penal. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

FERRAJOLI, L. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, L. R. Execução Provisória da Pena: análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/16220>>. Acesso em: 15 mai 2018.

GONÇALVES, L. H. e GEBARA, G. Z. O Julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP e os limites do papel interpretativo do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/35/artigos/artigo13.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/35/artigos/artigo13.pdf)>. Acesso em: 26 jun 2018.

GRAU, M. E. Íntegra do voto do ministro Eros Grau e ementa do HC sobre execução provisória da pena. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 26 jun 2018.

LIMA, L. B., MORO, M. O., & CURY, T. D. Presos pobres livres em segunda instância? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presos-pobres-criminal-instancia-14042018>>. Acesso em: 26 jun 2018.

LOPES, A., & BADARÓ, G. Parecer. Presunção de Inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. São Paulo, 2016.

LOPES, Aury Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen. 2008.

MARQUES, Leonardo Augusto Maurinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. Revista de informação Legislativa. Brasília, ano 46, nº 183 ed. especial, São Paulo: julho/setembro – 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194937/000871257.pdf>>. Acesso em: 20 set 2018

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Júlio. Processo Penal. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MORAES, M. Z. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. 2008.

MOREIRA, J. C. Ainda e sempre a coisa julgada; Direito processual Civil (ensaios e pareceres). Rio De janeiro: Borsoi. 1971.

NETTO, José Laurindo de Souza. Processo Penal: Sistemas e Princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

NUCCI, G. Qual o alcance do princípio da presunção de inocência? Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/qual-o-alcance-do-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 21 set 2018.

O sistema acusatório e a possibilidade de produção de provas pelo juiz na fase pré-processual, conforme o art. 156, I, Código de Processo Penal: aspectos legais e constitucionais. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=1055.25530>>. Acesso em: 21 set 2018.

PACCELI, E. Curso de processo penal. São Paulo: Lumen, 2005.

PILONI, C. d. Princípio da não-culpabilidade: aspectos teóricos e práticos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25467/principio-da-nao-culpabilidade-aspectos-teoricos-e-praticos>>. Acesso em: 21 set 2018.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 1999, p. 171 Apud, MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o “poder instrutório do Juiz”. Será que somos medievais? In CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Organizadores). Reformas do Código Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2006;000756465>>. Acesso em: 20 set 2018.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SILVEIRA, M. A. A Cultura Inquisitória Vigennne e a Origem Autortária no Código de Processo Penal Brasileiro. Revista do EMERJ, 2015.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Prisão depois de trânsito em julgado gera impunidade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-set-09/prisao-condenado-depois-transito-julgado-amplia-impunidade>>. Acesso em: 20 set 2018.

SOUZA, A. P. O sistema acusatório e a possibilidade de produção de provas pelo juiz na fase pré-processual, conforme o art. 156, I, Código de Processo Penal: aspectos legais e constitucionais. 2018. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=1055.25530>>. Acesso em: 21 set 2018.

STRECK, L. L. Decisão de segundo grau - questão de fato? Será que no Butão é assim? 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assis>>. Acesso em: 01 set 2018.

STRECK, Lênio. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 20 set 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ - Habeas Corpus - HC 25310 RS 2002/01481360 rel. e voto. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7236489/habeas-corpus-hc-25310-rs-2002-0148136-0-stj/relatorio-e-voto-12994022>>. Acesso em: 01 set 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ- Habeas Corpus - HC 25310 RS 20020418136-0 Rel. e voto. (s.d.). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7236489/habeas-corpus-hc-25310-rs-2002-0148136-0-stj/relatorio-e-voto-12994022?ref=serp>>. Acesso em: 02 ago 2018.

SUXBERGUER, A. H., & AMARAL, M. G. A execução Provisória da Pena e sua compatibilidade com a presunção de Inocência como decorrência do sistema acusatório. Revista de Direito Brasileiro. São Paulo, 2017.

SUXBERGUER, A. H., & Schwex, K. R. Execução Provisória da Pena Privativa de Liberdade; Resultado da Harmonização entre Presunção de Inocência e a Segurança Pública. Revista Científica do Curso de Direito do NIBH, Belo Horizonte, 2017.

TAL, i. H., Keller, C. I., Vasconcelos, G., Nunes, J. L., Carneiro, L., Chaves, L., Teixeira, F. O Impacto no Sistema Prisional Brasileiro da Mudança de Entendimento do Supremo. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-fgv-presuncao-inocencia.pdf>>. Acesso em: 02 ago 2018.

TERESA, M. A eficácia da nova prisão cautelar - Lei n.º 12.403/2011. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/producao-academica/a-eficacia-da-nova-prisao-cautelar-lei-n-12-4032011/5083/>>. Acesso em: 21 set 2018.

TOURINHO, F. Manual de processo penal e execução penal. São Paulo: Saraiva, 2009.